



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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL  
JANICE CHENEY  
CHANTAL DEMERS  
VALERIE DESJARLAIS  
GENEVIÈVE DOMEY  
LEE ANN GORMAN

SÉBASTIEN LAFRANCE  
KAREN LEVASSEUR  
LORRAINE PILETTE  
RÉMI SAMSON  
LOUISE SAVARD

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

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY  
STEPHEN BALOGH

MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU  
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET  
MONIQUE DELORME

NANCY MCCAUGHAN  
PAULINE MCTAVISH

ANNE-MARIE NOËL  
JEAN-FRANÇOIS SCHAAN

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

Administrative Assistants / Adjointes administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

## CONTENTS

### **Canada v. GlaxoSmithKline Inc. .... 3**

Taxation — Income Tax — Transfer Pricing — Taxpayer manufacturing and marketing patented and trademarked drug pursuant to Licence Agreement — Taxpayer purchasing active pharmaceutical ingredient pursuant to separate Supply Agreement with related non-resident company — Minister of National Revenue reassessing taxpayer by increasing its income on basis that taxpayer had overpaid non-arm's length supplier for purchase of drug ingredient — Minister not considering effect of Licence Agreement on reasonableness of price paid for ingredient under Supply Agreement — What circumstances are to be taken into account in determining reasonable arm's length price against which to compare non-arm's length transfer price? — Whether Licence Agreement is a circumstance to be taken into account — Whether Federal Court of Appeal erred in remitting matter to Tax Court for rehearing and reconsideration — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 69(2).

### **Opitz v. Wrzesnewskyj ..... 76**

Elections — Contested election application — Candidate defeated in federal election by a margin of 26 votes alleging “irregularities . . . that affected the result of the election” — Whether election in electoral district should be annulled — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 524(1)(b), 531(2).

Evidence — Fresh evidence — Relevance and reliability — Motion seeking to adduce evidence from national registry of electors on appeal — Whether fresh evidence should be admitted.

### **R. v. Boudreault ..... 157**

Criminal law — Care or control of motor vehicle while impaired — Elements of offence — Accused starting vehicle to keep warm while waiting for taxi — Accused falling asleep in driver's seat — Whether or not accused in care or control of vehicle — Whether risk of danger is essential element of care or control offence — Whether trial judge erred in finding that there was no risk of danger — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 253(1).

Criminal law — Appeals — Whether trial judge committed error of law alone — Whether Crown had right of appeal against acquittals — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

### **R. v. Cole ..... 34**

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Information contained on computer — Pornographic pictures of child found on employer-issued work computer — Whether accused had reasonable expectation of privacy in employer-issued work computer — Whether warrantless search and seizure of laptop computer

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Canada c. GlaxoSmithKline Inc. .... 3**

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Prix de transfert — Fabrication et distribution par un contribuable d'un médicament breveté et portant une marque de commerce en vertu d'un contrat de licence — Achat par le contribuable d'un ingrédient pharmaceutique actif en vertu d'un contrat de fourniture distinct conclu avec une société affiliée non-résidente — Établissement par le ministre du Revenu national d'une nouvelle cotisation visant le contribuable et ayant pour effet d'augmenter le revenu de celui-ci parce qu'il aurait versé à un fournisseur avec lequel il a un lien de dépendance une somme trop élevée pour acheter l'ingrédient d'un médicament — Défaut par le ministre de tenir compte de l'incidence du contrat de licence sur le caractère raisonnable du prix payé pour l'ingrédient aux termes du contrat de fourniture — Quelles sont les circonstances à prendre en compte dans la détermination du prix raisonnable de pleine concurrence avec lequel peut être comparé le prix de transfert qui n'a pas été établi dans des conditions de pleine concurrence? — Le contrat de licence est-il une circonstance dont il faut tenir compte? — La Cour d'appel fédérale a-t-elle eu tort de renvoyer l'affaire à la Cour de l'impôt pour nouvelle audience et réexamen? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 69(2).

### **Opitz c. Wrzesnewskyj ..... 76**

Élections — Requête en contestation d'une élection — Allégations d'« irrégularité[s] [. . .] ayant influé sur le résultat de l'élection » formulées par un candidat défait par 26 voix à une élection fédérale — L'élection dans la circonscription doit-elle être annulée? — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 524(1)(b), 531(2).

Preuve — Nouvel élément de preuve — Pertinence et fiabilité — Requête en vue de présenter en appel une nouvelle preuve tirée du registre national des électeurs — Ce nouvel élément de preuve devrait-il être admis?

### **R. c. Boudreault ..... 157**

Droit criminel — Garde ou contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies — Éléments de l'infraction — Moteur démarré par l'accusé pour se garder au chaud alors qu'il attendait un taxi — Accusé endormi derrière le volant — L'accusé avait-il la garde ou le contrôle du véhicule? — Le risque de danger constitue-t-il un élément essentiel de l'infraction de garde ou de contrôle? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en concluant à l'inexistence d'un risque de danger? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253(1).

Droit criminel — Appels — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit seulement? — Le ministère

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

and disc containing Internet files breached accused's rights under s. 8 of Charter — If so, whether evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of Charter.

### **R. v. Dineley** ..... 272

Criminal law — Defences — “Carter defence” — Accused charged with impaired driving and driving “over 80” — Amendments brought to Criminal Code during accused's trial limiting evidence that may be adduced in defence to raise doubt about reliability of breathalyzer test results — Whether Carter defence available to accused — Whether amendments have retrospective effect to time of alleged offences — Whether amendments affect procedural or substantive rights — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (d.01) — Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6.

Legislation — Interpretation — Effect of new legislation — Amendments brought to Criminal Code during accused's trial limiting evidence that may be adduced in defence to raise doubt about reliability of breathalyzer test results — Whether amendments have retrospective effect to time of alleged offences — Whether amendments affect procedural or substantive rights — Whether Parliament provided for preservation of evidence for cases that began before amendments came into force — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (d.01) — Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6.

### **R. v. Picot** ..... 74

Criminal law — Appeals — Evidence — Accused acquitted at trial of alleged indecent assault committed in 1975, on basis of reasonable doubt — Trial judge's failure to consider testimony on collateral matters which may have bolstered credibility of complainant does not constitute an error of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

### **R. v. St-Onge Lamoureux** ..... 187

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Statutory amendments affecting evidence that can be adduced to rebut presumption of accuracy and presumptions of identity in context of prosecution for driving with blood alcohol level over legal limit — Exclusion of possibility that “Carter” defence would suffice on its own to cast doubt on breathalyzer test results — Whether new provisions of Criminal Code infringe right to be presumed innocent — If so, whether infringement justified — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (d.01), (d.1) — Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

public pouvait-il interjeter appel des acquittements? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a.

### **R. c. Cole** ..... 34

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Informations contenues dans un ordinateur — Photographies pornographiques d'une enfant trouvées dans un ordinateur fourni par l'employeur — L'accusé avait-il des attentes raisonnables en matière de vie privée à l'égard d'un ordinateur de travail fourni par l'employeur? — La fouille et la saisie sans mandat d'un ordinateur portatif et d'un disque contenant des fichiers Internet ont-elles porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la Charte? — Le cas échéant, les éléments de preuve doivent-ils être exclus en application de l'art. 24(2) de la Charte?

### **R. c. Dineley** ..... 272

Droit criminel — Moyens de défense — « Défense de type Carter » — Accusé inculpé de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 » — Modifications apportées au Code criminel durant le procès de l'accusé limitent les éléments de preuve qui peuvent être produits en défense pour mettre en doute la fiabilité des résultats obtenus par l'utilisation d'un alcootest — L'accusé peut-il se prévaloir de la défense de type Carter? — Les modifications s'appliquent-elles rétrospectivement au moment où les infractions reprochées auraient été commises? — Les modifications portent-elles atteinte à des droits procéduraux ou substantiels? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)c, d.01) — Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6.

Législation — Interprétation — Effet d'une nouvelle loi — Modifications apportées au Code criminel durant le procès de l'accusé limitent les éléments de preuve qui peuvent être produits en défense pour mettre en doute la fiabilité des résultats obtenus par l'utilisation d'un alcootest — Les modifications s'appliquent-elles rétrospectivement au moment où les infractions reprochées auraient été commises? — Les modifications portent-elles atteinte à des droits procéduraux ou substantiels? — Le législateur a-t-il prévu la conservation d'éléments de preuve en vue des procès intentés avant l'entrée en vigueur des modifications? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)c, d.01) — Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6.

### **R. c. Picot** ..... 74

Droit criminel — Appels — Preuve — Accusé acquitté au procès, sur la base d'un doute raisonnable, de l'accusation d'avoir commis un attentat à la pudeur en 1975 — L'omission du juge du procès de tenir compte d'un

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to make full answer and defence — Statutory amendments affecting evidence that can be adduced to rebut presumption of accuracy and presumptions of identity in context of prosecution for driving with blood alcohol level over legal limit — Exclusion of possibility that “Carter” defence would suffice on its own to cast doubt on breathalyzer test results — Whether new provisions of Criminal Code infringe right to make full answer and defence — If so, whether infringement justified — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (d.01), (d.1) — Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Statutory amendments affecting evidence that can be adduced to rebut presumption of accuracy and presumptions of identity in context of prosecution for driving with blood alcohol level over legal limit — Exclusion of possibility that “Carter” defence would suffice on its own to cast doubt on breathalyzer test results — Whether new provisions of Criminal Code infringe protection against self-incrimination — If so, whether infringement justified — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (d.01), (d.1) — Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(c).

## SOMMAIRE (Fin)

témoignage relatif à des questions incidentes et qui aurait pu étayer la crédibilité du plaignant ne constitue pas une erreur de droit — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a).

### **R. c. St-Onge Lamoureux ..... 187**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d’innocence — Modifications législatives affectant les moyens de preuve pouvant être utilisés pour réfuter la présomption d’exactitude et les présomptions d’identité en matière de poursuites pour conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale — Défense de « type Carter » exclue comme moyen de preuve permettant à lui seul de mettre en doute les résultats d’analyses de l’alcoolémie — Les nouvelles dispositions du Code criminel portent-elles atteinte à la présomption d’innocence? — Dans l’affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)c, d.01, d.1) — Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit à une défense pleine et entière — Modifications législatives affectant les moyens de preuve pouvant être utilisés pour réfuter la présomption d’exactitude et les présomptions d’identité en matière de poursuites pour conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale — Défense de « type Carter » exclue comme moyen de preuve permettant à lui seul de mettre en doute les résultats d’analyses de l’alcoolémie — Les nouvelles dispositions du Code criminel portent-elles atteinte au droit à une défense pleine et entière? — Dans l’affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)c, d.01, d.1) — Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Modifications législatives affectant les moyens de preuve pouvant être utilisés pour réfuter la présomption d’exactitude et les présomptions d’identité en matière de poursuites pour conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale — Défense de « type Carter » exclue comme moyen de preuve permettant à lui seul de mettre en doute les résultats d’analyses de l’alcoolémie — Les nouvelles dispositions du Code criminel portent-elles atteinte à la protection contre l’auto-incrimination? — Dans l’affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)c, d.01, d.1) — Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11c).

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 3, 2012**

**3<sup>e</sup> volume, 2012**

**Her Majesty The Queen** *Appellant/  
Respondent on cross-appeal*

v.

**GlaxoSmithKline Inc.** *Respondent/  
Appellant on cross-appeal*

**INDEXED AS: CANADA v. GLAXOSMITHKLINE INC.**

**2012 SCC 52**

File No.: 33874.

2012: January 13; 2012: October 18.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL

*Taxation — Income Tax — Transfer Pricing — Taxpayer manufacturing and marketing patented and trade-marked drug pursuant to Licence Agreement — Taxpayer purchasing active pharmaceutical ingredient pursuant to separate Supply Agreement with related non-resident company — Minister of National Revenue reassessing taxpayer by increasing its income on basis that taxpayer had overpaid non-arm's length supplier for purchase of drug ingredient — Minister not considering effect of Licence Agreement on reasonableness of price paid for ingredient under Supply Agreement — What circumstances are to be taken into account in determining reasonable arm's length price against which to compare non-arm's length transfer price? — Whether Licence Agreement is a circumstance to be taken into account — Whether Federal Court of Appeal erred in remitting matter to Tax Court for rehearing and reconsideration — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 69(2).*

Between 1990 and 1993, the respondent, GlaxoSmithKline Inc. (“Glaxo Canada”), purchased

**Sa Majesté la Reine** *Appelante/Intimée au  
pourvoi incident*

c.

**GlaxoSmithKline Inc.** *Intimée/Appelante  
au pourvoi incident*

**RÉPERTORIÉ : CANADA c. GLAXOSMITHKLINE INC.**

**2012 CSC 52**

N° du greffe : 33874.

2012 : 13 janvier; 2012 : 18 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Drôit fiscal — Impôt sur le revenu — Prix de transfert — Fabrication et distribution par un contribuable d'un médicament breveté et portant une marque de commerce en vertu d'un contrat de licence — Achat par le contribuable d'un ingrédient pharmaceutique actif en vertu d'un contrat de fourniture distinct conclu avec une société affiliée non-résidente — Établissement par le ministre du Revenu national d'une nouvelle cotisation visant le contribuable et ayant pour effet d'augmenter le revenu de celui-ci parce qu'il aurait versé à un fournisseur avec lequel il a un lien de dépendance une somme trop élevée pour acheter l'ingrédient d'un médicament — Défaut par le ministre de tenir compte de l'incidence du contrat de licence sur le caractère raisonnable du prix payé pour l'ingrédient aux termes du contrat de fourniture — Quelles sont les circonstances à prendre en compte dans la détermination du prix raisonnable de pleine concurrence avec lequel peut être comparé le prix de transfert qui n'a pas été établi dans des conditions de pleine concurrence? — Le contrat de licence est-il une circonstance dont il faut tenir compte? — La Cour d'appel fédérale a-t-elle eu tort de renvoyer l'affaire à la Cour de l'impôt pour nouvelle audience et réexamen? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 69(2).*

De 1990 à 1993, l'intimée, GlaxoSmithKline Inc. (« Glaxo Canada »), a acheté de la ranitidine —

ranitidine, the active pharmaceutical ingredient in the brand name anti-ulcer drug Zantac, from Adechsa S.A., a related non-resident company, for between \$1,512 and \$1,651 per kilogram. During the same period, two Canadian generic pharmaceutical companies, Apotex Inc. and Novopharm Ltd., purchased ranitidine from other sources for use in their generic anti-ulcer drugs for between \$194 and \$304 per kilogram from arm's length suppliers.

A Licence Agreement conferred rights and benefits on Glaxo Canada and a Supply Agreement set the transfer prices of ranitidine. The combined effect of the Licence and Supply agreements enabled Glaxo Canada, among other things, to purchase ranitidine, put it in a delivery mechanism, and market it under the trademark Zantac.

The appellant, the Minister of National Revenue, reassessed Glaxo Canada for the taxation years 1990, 1991, 1992, and 1993, pursuant to the then applicable s. 69(2) of the Act (now s. 247(2)) on the basis that the prices it paid for ranitidine were greater than an amount that would have been reasonable in the circumstances had they been dealing at arm's length. Glaxo Canada appealed to the Tax Court of Canada, where, with one minor revision, the reassessment was upheld on the basis that the Licence and Supply agreements were to be considered independently. The Federal Court of Appeal allowed the appeal and remitted the matter back to the Tax Court for redetermination of the "reasonable amount" payable for Glaxo Canada's ranitidine transactions.

*Held:* The appeal and cross-appeal should be dismissed.

Section 69(2) requires the court to determine whether the transfer price was greater than the amount that would have been reasonable in the circumstances, had the parties been dealing at arm's length. If transactions other than the purchasing transaction are relevant in determining this question, they must not be ignored. Section 69(2) does not, itself, offer guidance as to how to determine the "reasonable amount" that would have been payable had the parties been dealing at arm's length. The OECD's 1979 *Guidelines* and the OECD's 1995 *Guidelines* are not controlling as if they were a Canadian statute. However, they suggest a number of methods for determining whether transfer prices

l'ingrédient pharmaceutique actif d'un médicament antiulcèreux commercialisé sous la marque nominale Zantac — de Adechsa S.A., une société affiliée non-résidente, à des prix variant entre 1 512 \$ et 1 651 \$ le kilogramme. Durant la même période, deux sociétés pharmaceutiques canadiennes fabriquant des produits génériques, à savoir Apotex Inc. et Novopharm Ltd., ont acheté auprès de fournisseurs avec lesquels elles n'avaient pas de lien de dépendance de la ranitidine à des prix variant entre 194 \$ et 304 \$ le kilogramme pour leurs médicaments antiulcèreux génériques.

Un contrat de licence concédait à Glaxo Canada certains droits et avantages et un contrat de fourniture fixait les prix de transfert de la ranitidine. L'effet combiné du contrat de licence et du contrat de fourniture permettait entre autres à Glaxo Canada d'acheter de la ranitidine, de la soumettre à un processus permettant son administration et de la commercialiser sous la marque de commerce Zantac.

L'appelant, le ministre du Revenu national, a établi à l'égard de Glaxo Canada de nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1990, 1991, 1992 et 1993, en vertu de la version applicable alors du par. 69(2) de la Loi (maintenant le par. 247(2)), parce que les prix payés par cette société pour se procurer de la ranitidine étaient plus élevés que ceux qui auraient été raisonnables dans les circonstances si elle n'avait pas eu de lien de dépendance avec son fournisseur. Glaxo Canada a interjeté appel à la Cour canadienne de l'impôt, qui a confirmé la nouvelle cotisation, sauf pour un ajustement mineur, au motif que le contrat de licence et le contrat de fourniture devaient être examinés séparément. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel et renvoyé l'affaire à la Cour de l'impôt pour nouvelle détermination du « montant raisonnable » payable dans le cas des opérations effectuées par Glaxo Canada pour acquérir de la ranitidine.

*Arrêt :* Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Le paragraphe 69(2) oblige le tribunal à déterminer si le prix de transfert était supérieur au montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances si les parties n'avaient eu aucun lien de dépendance entre elles. S'il existe des opérations autres que l'achat qui sont pertinentes pour trancher cette question, elles ne doivent pas être négligées. Le paragraphe 69(2) ne donne pas en soi d'indications sur la façon de déterminer le « montant raisonnable » qui aurait été payable si les parties n'avaient eu aucun lien de dépendance. Les *Principes* de 1979 de l'OCDE ainsi que les *Principes* de 1995 de cette même organisation n'ont pas la même force contraignante qu'une loi canadienne. En revanche, ils



are consistent with prices determined between parties dealing at arm's length.

A proper application of the arm's length principle requires that regard be had for the "economically relevant characteristics" of the arm's length and non-arm's length circumstances to ensure they are "sufficiently comparable". Where there are no related transactions or where related transactions are not relevant to the determination of the reasonableness of the price in issue, a transaction-by-transaction approach may be appropriate. However, "economically relevant characteristics of the situations being compared" may make it necessary to consider other transactions that impact the transfer price under consideration. In each case, it is necessary to address this question by considering the relevant circumstances and, if required, transactions other than the purchasing transactions must be taken into account.

Such circumstances will include agreements that may confer rights and benefits in addition to the purchase of property where those agreements are linked to the purchasing agreement. The objective is to determine what an arm's length purchaser would pay for the property and the rights and benefits together where the rights and benefits are linked to the price paid for the property. However, transfer pricing is not an exact science and it is highly unlikely that any comparisons will yield identical circumstances and the court will be required to exercise its best informed judgment in establishing a satisfactory arm's length price.

In this case, Glaxo Canada was paying for at least some of the rights and benefits under the Licence Agreement as part of the purchase prices for ranitidine from Adechsa. As such, the Licence Agreement could not be ignored in determining the reasonable amount paid to Adechsa under s. 69(2), which applies not only to payment for goods but also to payment for services. Considering the Licence and Supply Agreements together offers a realistic picture of the profits of Glaxo Canada. The prices paid by Glaxo Canada to Adechsa were a payment for a bundle of at least some rights and benefits under the Licence Agreement and product under the Supply Agreement. The generic comparators used by the Tax Court do not reflect the economic and business reality of Glaxo Canada and, at least without adjustment, do not indicate the price that would be reasonable in the circumstances, had Glaxo Canada and

proposent un certain nombre de méthodes pour déterminer si des prix de transfert sont compatibles avec ceux dont ont convenu des parties n'ayant aucun lien de dépendance.

Pour bien appliquer le principe de pleine concurrence, il est nécessaire de tenir compte des « caractéristiques économiques » des opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance pour s'assurer que ces caractéristiques sont « suffisamment comparables ». Lorsqu'il n'y a pas d'opération liée, ou lorsque les opérations liées ne sont pas pertinentes dans la détermination du caractère raisonnable du prix en cause, la méthode transaction par transaction peut convenir. Toutefois, « les caractéristiques économiques des situations prises en compte » peuvent rendre nécessaire l'examen d'autres opérations ayant une incidence sur le prix de transfert en cause. Dans chaque cas, il est nécessaire d'aborder cette question à la lumière des circonstances pertinentes et, au besoin, d'autres opérations que les opérations d'achat pourraient devoir être prises en compte.

Parmi ces circonstances, mentionnons les ententes susceptibles de conférer des droits et des avantages en sus du bien acheté, lorsque ces ententes sont liées au contrat d'achat. L'objectif de cet examen consiste à déterminer ce qu'un acheteur sans lien de dépendance paierait à la fois pour le bien et pour de tels droits et avantages lorsqu'il existe un lien entre ceux-ci et le prix payé pour le bien en question. Toutefois, la fixation de prix de transfert n'est pas une science exacte et, comme il est fort peu probable que, quelle que soit la situation comparable choisie, celle-ci présente des circonstances identiques, le tribunal devra exercer un jugement éclairé pour établir un prix de pleine concurrence satisfaisant.

En l'espèce, une partie des prix d'achat versés par Glaxo Canada à Adechsa pour la ranitidine servait de contrepartie pour au moins certains des droits et avantages conférés par le contrat de licence. Par conséquent, le tribunal ne pouvait pas faire abstraction du contrat de licence lorsqu'il déterminait le montant raisonnable qui devait être payé à Adechsa au sens du par. 69(2), lequel s'applique non seulement aux paiements faits pour des biens mais également à ceux faits pour des services. L'examen corrélatif du contrat de licence et du contrat de fourniture permet de dresser un tableau réaliste des bénéfices réalisés par Glaxo Canada. Les prix payés par Glaxo Canada à Adechsa l'étaient en contrepartie d'un ensemble de choses, à savoir au moins un certain nombre de droits et avantages prévus par le contrat de licence et le produit visé par le contrat de fourniture. Les comparaisons faites par la Cour de l'impôt avec

Adechsa been dealing at arm's length. It is only after identifying the circumstances arising from the Licence Agreement that are linked to the Supply Agreement that arm's length comparisons under any of the OECD methods or other methods may be determined.

The assumption that the prices paid by Glaxo Canada for ranitidine were greater than the amount that would have been reasonable in the circumstances had Glaxo Canada and Adechsa been dealing at arm's length has not been demolished. As found by the Federal Court of Appeal, the matter should be remitted to the Tax Court to be redetermined, having regard to the effect of the Licence Agreement on the prices paid by Glaxo Canada for the supply of ranitidine from Adechsa. Whether or not compensation for intellectual property rights is justified in this particular case is a matter for determination by the Tax Court.

### Cases Cited

**Distinguished:** *Singleton v. Canada*, 2001 SCC 61, [2001] 2 S.C.R. 1046; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; **referred to:** *Gabco Ltd. v. Minister of National Revenue* (1968), 68 D.T.C. 5210; *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Income Tax Act and to make certain provisions and alterations in the statute law related to or consequential upon the amendments to that Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1.  
*Act to amend the Income War Tax Act*, S.C. 1939, c. 46, s. 13.  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 17(3) [rep. 1970-71-72, c. 63, s. 1], 69(2) [ad. *idem*].  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 20(1)(c)(i), 69(2) [rep. 1998, c. 19, s. 107], 212(1)(d), 215(1), 247(2) [ad. *idem*, s. 238].  
*Income Tax Act*, S.C. 1948, c. 52, s. 17(3).  
*Income Tax Amendments Act, 1997*, S.C. 1998, c. 19, ss. 107, 238.  
*Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97, s. 23B [ad. 1939, c. 46, s. 13].

les fabricants de produits pharmaceutiques génériques ne correspondent pas à la réalité économique et commerciale de Glaxo Canada et, à tout le moins à défaut d'ajustements, ne permettent pas de déterminer si le prix qui aurait été raisonnable dans les circonstances si Glaxo Canada et Adechsa n'avaient pas eu de lien de dépendance. C'est uniquement après avoir dégagé les circonstances relatives au contrat de licence qui peuvent être rattachées au contrat de fourniture que des comparaisons au regard de situations de libre concurrence peuvent être effectuées au moyen de l'une ou l'autre des méthodes proposées par l'OCDE, ou de toute autre méthode.

L'hypothèse suivant laquelle les prix que Glaxo Canada a payés pour se procurer de la ranitidine étaient plus élevés que ceux qui auraient été raisonnables dans les circonstances si Adechsa et elle n'avaient pas eu de lien de dépendance entre elles n'a pas été démolie. Comme a conclu la Cour d'appel fédérale, l'affaire doit être renvoyée à la Cour de l'impôt pour qu'elle réexamine la question en tenant compte de l'incidence du contrat de licence sur les prix payés par Glaxo Canada pour se procurer de la ranitidine auprès d'Adechsa. C'est à la Cour de l'impôt qu'il appartiendra de décider s'il est justifié ou non en l'espèce de reconnaître l'existence d'une contrepartie pour les droits de propriété intellectuelle.

### Jurisprudence

**Distinction d'avec les arrêts :** *Singleton c. Canada*, 2001 CSC 61, [2001] 2 R.C.S. 1046; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; **arrêts mentionnés :** *Gabco Ltd. c. Minister of National Revenue* (1968), 68 D.T.C. 5210; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336.

### Lois et règlements cités

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1948, ch. 52, art. 17(3).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 17(3) [abr. 1970-71-72, ch. 63, art. 1], 69(2) [aj. *idem*].  
*Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2, art. 11(1).  
*Loi de 1997 modifiant l'impôt sur le revenu*, L.C. 1998, ch. 19, art. 107, 238.  
*Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97, art. 23B [aj. 1939, ch. 46, art. 13].  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 20(1)(c)(i), 69(2) [abr. 1998, ch. 19, art. 107], 212(1)(d), 215(1), 247(2) [aj. *idem*, art. 238].  
*Loi modifiant la Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.C. 1939, ch. 46, art. 13.  
*Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, effectuant certains changements et introduisant certaines*

*Patent Act Amendment Act, 1992*, S.C. 1993, c. 2, s. 11(1).

### Authors Cited

Organisation for Economic Co-operation and Development. *Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs*. Paris: The Organisation, 1979.

Organisation for Economic Co-operation and Development. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: The Organisation, 1995.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Layden-Stevenson and Stratas J.J.A.), 2010 FCA 201, 405 N.R. 307, 2010 D.T.C. 5124, [2010] 6 C.T.C. 220, [2010] F.C.J. No. 953 (QL), 2010 CarswellNat 2409, setting aside a decision of Rip A.C.J., 2008 TCC 324, 2008 D.T.C. 3957, [2008] T.C.J. No. 249 (QL), 2008 CarswellNat 1666. Appeal and cross-appeal dismissed.

*Wendy Burnham, Eric Noble and Karen Janke-Curliss*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

*Al Meghji, Joseph M. Steiner, Amanda Heale and Pooja Samtani*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

### I. Introduction

[1] Transfer pricing issues arise when entities of multinational corporations resident in different jurisdictions transfer property or provide services to one another. These entities do not deal at arm's length and, thus, transactions between these entities may not be subject to ordinary market forces. Their absence may result in prices being set so as to divert profits from the appropriate tax jurisdiction. Since 1939, the *Income Tax Act* has included provisions under which a Canadian taxpayer may

*dispositions dans la législation relatifs ou consécutifs aux modifications apportées à la présente loi*, L.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 1.

### Doctrine et autres documents cités

Organisation de Coopération et de Développement Économiques. *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*. Paris : L'Organisation, 1995.

Organisation de Coopération et de Développement Économiques. *Prix de transfert et entreprises multinationales : Rapport du Comité des Affaires Fiscales de l'OCDE*. Paris : L'Organisation, 1979.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Nadon, Layden-Stevenson et Stratas), 2010 CAF 201, 405 N.R. 307, 2010 D.T.C. 5124, [2010] 6 C.T.C. 220, [2010] A.C.F. n° 953 (QL), 2010 CarswellNat 5563, qui a infirmé une décision du juge en chef adjoint Rip, 2008 CCI 324, 2008 D.T.C. 3957, [2008] A.C.I. n° 249 (QL), 2008 CarswellNat 6307. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

*Wendy Burnham, Eric Noble et Karen Janke-Curliss*, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

*Al Meghji, Joseph M. Steiner, Amanda Heale et Pooja Samtani*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

Version française de jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

### I. Introduction

[1] Lorsque des entités faisant partie de sociétés multinationales résidant dans divers pays se transfèrent des biens ou se fournissent des services réciproquement, il peut se soulever des questions relativement à l'établissement des prix de transfert ou de fourniture. En effet, de telles entités n'agissent pas sans lien de dépendance et, de ce fait, les opérations ou transactions qu'elles effectuent entre elles ne sont pas forcément soumises aux forces ordinaires du marché. Lorsque ces forces ne jouent pas, il

be reassessed to include, in Canadian profits, the difference between the prices for property paid to a non-resident with which it does not deal at arm's length and what those prices would have been had they been dealing at arm's length.

[2] The Minister of National Revenue reassessed GlaxoSmithKline Inc. ("Glaxo Canada") for the taxation years 1990, 1991, 1992, and 1993, pursuant to the then-applicable s. 69(2) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (the "Act"), on the basis that the prices Glaxo Canada paid to a supplier with which it did not deal at arm's length, for ranitidine, the active ingredient in the anti-ulcer drug Zantac, were greater than an amount that would have been reasonable in the circumstances had they been dealing at arm's length. (Section 69(2) of the Act was repealed in 1998 (S.C. 1998, c. 19, s. 107) and has been replaced by s. 247(2) of the Act (ad. *idem*, s. 238)). The reassessment increased Glaxo Canada's income by the difference between the highest price paid by generic pharmaceutical companies and that paid by Glaxo Canada for ranitidine. Glaxo Canada appealed to the Tax Court of Canada, where Rip A.C.J. (as he then was) upheld, with one minor revision, the reassessment. On Glaxo Canada's further appeal, the Federal Court of Appeal allowed the appeal and remitted the matter to the Tax Court for reconsideration. The Minister has appealed that decision to this Court.

[3] The issue on appeal is the correct application of s. 69(2): in particular, what circumstances are to be taken into account in determining the reasonable arm's length price against which to compare the non-arm's length transfer price. Glaxo Canada

peut arriver que les prix soient fixés de manière à soustraire des bénéficiaires aux administrations fiscales compétentes. Or, depuis 1939, la *Loi de l'impôt sur le revenu* comporte des dispositions qui permettent d'établir, à l'égard d'un contribuable canadien, une nouvelle cotisation tenant compte, dans les bénéfices qu'il a réalisés au Canada, de la différence entre le prix qu'il a payé pour acquérir un bien d'un non-résident avec lequel il a un lien de dépendance et celui qu'il aurait payé en l'absence d'un tel lien.

[2] Le ministre du Revenu national a établi à l'égard de GlaxoSmithKline Inc. (« Glaxo Canada ») de nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1990, 1991, 1992 et 1993, en vertu de la version applicable alors du par. 69(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) (la « Loi »), au motif que les prix payés par cette société pour se procurer de la ranitidine — l'ingrédient actif du médicament antiulcéreux Zantac — auprès d'un fournisseur avec lequel elle avait un lien de dépendance étaient plus élevés que ceux qui auraient été raisonnables dans les circonstances s'ils n'avaient pas eu ce lien de dépendance (le par. 69(2) de la Loi a été abrogé en 1998 (L.C. 1998, ch. 19, art. 107) et remplacé par le par. 247(2) de la Loi (aj. *idem*, art. 238)). La nouvelle cotisation a eu pour effet d'augmenter le revenu de Glaxo Canada d'une somme correspondant à la différence entre le prix le plus élevé payé pour la ranitidine par des sociétés pharmaceutiques fabriquant des produits génériques et celui payé par Glaxo Canada. Cette dernière a interjeté appel à la Cour canadienne de l'impôt. Le juge en chef adjoint Rip (maintenant juge en chef) a confirmé la nouvelle cotisation, sauf pour un ajustement mineur. Glaxo Canada a fait appel de ce jugement à la Cour d'appel fédérale, qui lui a donné gain de cause et a renvoyé l'affaire à la Cour de l'impôt pour réexamen. Le ministre se pourvoit contre cette décision devant notre Cour.

[3] La question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir comment il convient d'appliquer le par. 69(2) et, en particulier, quelles sont les circonstances à prendre en compte dans la détermination du prix raisonnable de pleine concurrence avec

cross-appeals the decision of the Federal Court of Appeal to remit the matter to the Tax Court for re-hearing and reconsideration. If this Court denies the Minister's appeal, Glaxo Canada argues that the matter should not be remitted because it has successfully demolished the Minister's assumptions, thus fully discharging the taxpayer's burden in appealing the reassessment. For the reasons that follow, I would dismiss both the appeal and the cross-appeal.

## II. Facts

[4] Between 1990 and 1993, the respondent, Glaxo Canada, purchased ranitidine, the active pharmaceutical ingredient in the brand-name anti-ulcer drug Zantac, from Adechsa S.A., a related non-resident company, for between \$1,512 and \$1,651 per kilogram. During the same period, two Canadian generic pharmaceutical companies, Apotex Inc. and Novopharm Ltd., purchased ranitidine from other sources for use in their generic anti-ulcer drugs for between \$194 and \$304 per kilogram.

[5] At the relevant time Glaxo Canada was a wholly owned subsidiary of Glaxo Group Ltd., which itself was a wholly owned subsidiary of Glaxo Holdings plc, a United Kingdom corporation. In addition to its ownership of Glaxo Canada, Glaxo Group was the parent of other companies, which discovered, developed, manufactured and marketed branded pharmaceutical products. These products were then placed in a delivery mechanism such as a tablet, liquid or gel and marketed and sold throughout the world through subsidiaries such as Glaxo Canada or independent arm's length distributors.

lequel peut être comparé le prix de transfert qui n'a pas été établi dans des conditions de pleine concurrence. Glaxo Canada a formé un pourvoi incident contre la décision de la Cour d'appel fédérale renvoyant l'affaire à la Cour de l'impôt pour nouvelle audience et réexamen. Glaxo Canada soutient que si notre Cour déboute le ministre de son pourvoi, l'affaire ne devrait pas être renvoyée à la Cour de l'impôt, étant donné que Glaxo Canada aurait alors réfuté avec succès les hypothèses formulées par le ministre, s'acquittant ainsi pleinement du fardeau imposé à tout contribuable qui interjette appel d'une nouvelle cotisation. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter à la fois le pourvoi et le pourvoi incident.

## II. Les faits

[4] De 1990 à 1993, l'intimée, Glaxo Canada, a acheté de la ranitidine — l'ingrédient pharmaceutique actif d'un médicament antiulcéreux commercialisé sous la marque nominale Zantac — de Adechsa S.A., une société affiliée non-résidente, à des prix variant entre 1 512 \$ et 1 651 \$ le kilogramme. Durant la même période, deux sociétés pharmaceutiques canadiennes fabriquant des produits génériques, à savoir Apotex Inc. et Novopharm Ltd., ont acheté auprès d'autres fournisseurs de la ranitidine à des prix variant entre 194 \$ et 304 \$ le kilogramme pour leurs médicaments antiulcéreux génériques.

[5] Au cours de la période pertinente, Glaxo Canada était une filiale à 100 p. 100 de Glaxo Group Ltd. (le « groupe Glaxo »), lui-même une filiale à 100 p. 100 de Glaxo Holdings plc, une société du Royaume-Uni. En plus d'être propriétaire de Glaxo Canada, le groupe Glaxo était la société mère d'autres sociétés, qui s'occupaient de recherche, de développement, de fabrication et de commercialisation de divers produits pharmaceutiques d'origine. Ces produits étaient ensuite soumis à un processus permettant leur administration sous forme de comprimés, de liquide ou de gel, puis ils étaient commercialisés et vendus partout dans le monde par l'entremise de filiales comme Glaxo Canada ou de distributeurs indépendants sans lien de dépendance.

[6] During the taxation years in issue, Glaxo Canada acted as a secondary manufacturer and marketer which meant that it acquired the active pharmaceutical ingredient, ranitidine, and put it into a delivery mechanism and packaged and marketed Zantac, a patented and trademarked drug used to treat stomach ulcers. Glaxo Group owned the Zantac trademark and the patent for its active ingredient, ranitidine, and granted rights under the patent and trademark to Glaxo Canada under a Licence Agreement. Glaxo Canada purchased ranitidine from Adechsa, a Glaxo Group clearing company located in Switzerland, under a Supply Agreement.

[7] At the heart of this appeal are these two agreements. The Licence Agreement conferred the following rights and benefits on Glaxo Canada:

1. the right under the patents to manufacture, use and sell Glaxo Group products (s. 3(1)(a));
2. the exclusive right to the use of the trademarks owned by Glaxo Group, including Zantac (s. 3(1)(b));
3. the right to receive technical assistance for its secondary manufacturing requirements (s. 3(4));
4. the use of the registration materials prepared by Glaxo Group, to be adapted to the Canadian environment and submitted to the Health Protection Branch (s. 4(2));
5. access to new products, including line extensions (s. 4(1));
6. access to any inventions or improvement in regard to existing drugs (s. 6(1));
7. the right to have a Glaxo World Group company sell to the appellant any raw materials or materials in bulk form (s. 7(1));

[6] Au cours des années d'imposition en cause, Glaxo Canada agissait comme fabricant et distributeur secondaires, c'est-à-dire qu'elle se procurait l'ingrédient pharmaceutique actif, la ranitidine, le soumettait à un processus permettant son administration, puis l'emballait et le commercialisait sous le nom de Zantac, un médicament breveté et portant une marque de commerce qui est utilisé pour traiter les ulcères d'estomac. Le groupe Glaxo était propriétaire de la marque de commerce Zantac et du brevet portant sur son ingrédient actif, la ranitidine. Aux termes d'un contrat de licence, il accordait à Glaxo Canada certains des droits liés au brevet et à la marque de commerce. Glaxo Canada achetait sa ranitidine de Adechsa, une société suisse de distribution du groupe Glaxo, en vertu d'un contrat de fourniture.

[7] Les deux contrats en question sont au cœur du présent pourvoi. Le contrat de licence a concédé à Glaxo Canada les droits et avantages suivants :

1. le droit conféré par les brevets de fabriquer, d'utiliser et de vendre les produits du groupe Glaxo (al. 3(1)a));
2. le droit exclusif d'utiliser les marques de commerce appartenant au groupe Glaxo, y compris la marque Zantac (al. 3(1)b));
3. le droit d'obtenir de l'assistance technique pour ses besoins touchant la fabrication secondaire (par. 3(4));
4. l'utilisation des documents d'enregistrement préparés par le groupe Glaxo, lesquels devaient être adaptés pour le Canada et soumis à la Direction générale de la protection de la santé (par. 4(2));
5. l'accès à de nouveaux produits, y compris un élargissement de la gamme de produits (par. 4(1));
6. l'accès aux inventions ou aux améliorations touchant les médicaments existants (par. 6(1));
7. le droit à ce qu'une société du groupe Glaxo World vende à Glaxo Canada quelque matière première ou produit en vrac (par. 7(1));

- |  |   |
|--|---|
| <p>8. marketing support in the form of promotional material, medical papers and literature, market research data, and any other information that may be useful in the marketing of products (s. 10(1));</p> <p>9. indemnification against damages arising from patent or trademark infringement actions (s. 13(2));</p> <p>10. technical assistance for setting up new product lines at Glaxo Canada's manufacturing facilities (s. 4(3));</p> <p>11. if the original trademark for a new product cannot be registered or if additional trademarks are necessary, Glaxo Group to take the necessary steps (s. 4(4));</p> <p>12. Glaxo Canada to have an opportunity to sublicense any new third party product obtained by Glaxo Group (s. 5(1));</p> <p>13. in regard to third party products, Glaxo Group to provide any information pertinent to the approval of the product by the Canada Health Protection Branch (s. 5(2));</p> <p>14. Glaxo Group to arrange that technical information in regard to third party products will be granted to Glaxo Canada (s. 5(4)).</p> | <p>8. l'appui à la commercialisation par divers moyens — documents de promotion, littérature médicale, données d'études de marché et tout autre renseignement pouvant faciliter la mise en marché des produits (par. 10(1));</p> <p>9. l'indemnisation des dommages-intérêts découlant d'actions en contrefaçon de brevet ou de marque de commerce (par. 13(2));</p> <p>10. de l'assistance technique pour établir de nouvelles gammes de produits dans les installations de fabrication de Glaxo Canada (par. 4(3));</p> <p>11. si la marque de commerce originale d'un nouveau produit ne pouvait être enregistrée ou si d'autres marques de commerce étaient nécessaires, l'engagement du groupe Glaxo à entreprendre les démarches nécessaires (par. 4(4));</p> <p>12. la possibilité pour Glaxo Canada de concéder une sous-licence relativement à tout nouveau produit obtenu d'un tiers par le groupe Glaxo (par. 5(1));</p> <p>13. en ce qui concerne les produits de tiers, la fourniture par le groupe Glaxo de tout renseignement utile pour l'approbation des produits par la Direction générale de la protection de la santé du Canada (par. 5(2));</p> <p>14. l'engagement par le groupe Glaxo à faire le nécessaire pour assurer la transmission à Glaxo Canada des renseignements techniques se rapportant aux produits de tiers (par. 5(4)).</p> |
|--|---|

[8] Under the Supply Agreement, Glaxo Group set the transfer prices of the active ingredient, ranitidine, using the resale-price method as described by Rip A.C.J.:

Glaxo World used what is referred to as a resale-price method to determine the transfer price of the API [active pharmaceutical ingredient]. Glaxo World and its distributors agreed that a gross margin of 60 percent would be retained by the distributors and the ranitidine was priced accordingly. To use a very simple example, if the ranitidine product was sold for \$10 in Italy, the transfer price would be \$4; if the ranitidine product was

[8] Suivant le contrat de fourniture, le groupe Glaxo a fixé les prix de transfert de l'ingrédient actif, la ranitidine, en appliquant la méthode du prix de revente, méthode que le juge en chef adjoint Rip a décrite ainsi :

Glaxo World a utilisé ce qui est connu sous le nom de méthode du prix de revente en vue de fixer le prix de transfert de l'IPA [ingrédient pharmaceutique actif]. Glaxo World et ses distributeurs s'étaient entendus pour que les distributeurs conservent une marge brute de 60 p. 100 et ils avaient fixé le prix de la ranitidine en conséquence. Il est possible d'illustrer la chose au moyen d'un exemple fort simple : si le produit à base de

sold for \$20 in France, the transfer price would be \$8. Appellant's counsel described the process as follows:

the starting point for determining the price to the distributor was the in-market price for the finished ranitidine product;

from that in-market price the parties agreed, assuming specified conditions were satisfied, a gross profit margin [to] be retained by the distributor (approximately 60%); and

the remainder would be remitted back to Glaxo Group in the form of transfer price, royalties, [or both]. Where the distributor was to pay both transfer prices and royalties, they would be considered together to determine the distributor's gross profit margin after payment of the royalty. [para. 47]

(2008 TCC 325, 2008 D.T.C. 3957)

This method resulted in prices of over \$1,500 per kilogram for ranitidine paid by Glaxo Canada to Adechsa. The combined effect of the Licence and Supply agreements enabled Glaxo Canada, among other things, to purchase the active ingredient ranitidine, put it in a delivery mechanism, and market it under the trademark Zantac.

[9] During the taxation years in issue, two Canadian generic pharmaceutical companies, Apotex and Novopharm, sold generic anti-ulcer pharmaceutical products in Canada. These companies purchased ranitidine at lower prices than Glaxo Canada, between \$194 and \$304 per kilogram, from arm's length suppliers. There was no evidence that the supply contracts of Apotex or Novopharm conferred anything beyond the supply of ranitidine.

[10] These generic companies were able to market generic versions of drugs whose patent was still in effect by reason of the compulsory licensing

ranitidine coûtait dix dollars en Italie, le prix de transfert était de quatre dollars; si le produit à base de ranitidine coûtait vingt dollars en France, le prix de transfert s'élevait à huit dollars. L'avocat de l'appelante a décrit le processus en ces termes :

[TRADUCTION]

le point de départ aux fins de la détermination du prix pour le distributeur était le prix de détail du produit à base de ranitidine fini;

à partir du prix de détail, les parties s'entendaient, à supposer que des conditions précises soient remplies, sur la marge bénéficiaire brute que le distributeur devait conserver (soit environ 60 p. 100);

le restant était remis à Glaxo Group sous la forme de prix de transfert, de redevances [ou des deux]. Lorsque le distributeur devait payer à la fois un prix de transfert et des redevances, il était tenu compte tant du prix que de la redevance pour déterminer la marge bénéficiaire brute du distributeur une fois la redevance payée. [par. 47]

(2008 CCI 324 (CanLII))

L'application de cette méthode s'est traduite par des prix excédant 1 500 \$ le kilogramme dans le cas de la ranitidine achetée par Glaxo Canada à Adechsa. L'effet combiné du contrat de licence et du contrat de fourniture permettait entre autres à Glaxo Canada d'acheter l'ingrédient actif, la ranitidine, de le soumettre à un processus permettant son administration et de le commercialiser sous la marque de commerce Zantac.

[9] Au cours des années d'imposition en cause, deux fabricants canadiens de produits pharmaceutiques génériques, Apotex et Novopharm, vendaient des produits pharmaceutiques antiulcéreux génériques au Canada. Ces sociétés se procuraient auprès de fournisseurs avec lesquels elles n'avaient pas de lien de dépendance de la ranitidine à des prix inférieurs à ceux payés par Glaxo Canada, soit entre 194 \$ et 304 \$ le kilogramme. Rien n'indique que les contrats de fourniture d'Apotex ou de Novopharm leur conféraient quelque autre avantage que la ranitidine.

[10] Ces fabricants de médicaments génériques étaient en mesure de commercialiser des versions génériques de médicaments dont le brevet était



scheme that existed for pharmaceutical products in Canada up to February 1993 (*Patent Act Amendment Act, 1992*, S.C. 1993, c. 2). This scheme allowed generic versions of patented pharmaceutical products to be marketed and sold in Canada in exchange for a royalty payment to the patent owner. The licences granted to Apotex and Novopharm predated December 20, 1991, and therefore continued to subsist, notwithstanding repeal of the compulsory licensing scheme in February 1993 (ad. *idem*, s. 11(1)).

[11] The Minister reassessed Glaxo Canada for its 1990, 1991, 1992, and 1993 taxation years, increasing its income by some \$51 million under s. 69(2) of the Act on the basis that it had paid Adechsa more than a reasonable amount for the purchase of ranitidine.

III. Tax Court of Canada, 2008 TCC 324, 2008 D.T.C. 3957 (Rip A.C.J.)

[12] Rip A.C.J. affirmed the Minister's reassessment. He found that *Singleton v. Canada*, 2001 SCC 61, [2001] 2 S.C.R. 1046, required the Licence and Supply agreements to be considered independently. As a result, he did not consider whether the rights and benefits under the Licence Agreement were a relevant circumstance in determining the appropriate arm's length price for the supply of ranitidine.

[13] Rip A.C.J. employed the comparable uncontrolled price ("CUP") method, referred to in the Organisation for Economic Co-operation and Development ("OECD") *Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs* (1979) (the "1979 Guidelines") and the OECD's revised 1995 *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (1995) (the "1995 Guidelines"), to test the reasonableness of Glaxo Canada's ranitidine transactions. He found

toujours en cours de validité en raison du régime des licences obligatoires auquel tous les produits pharmaceutiques étaient assujettis au Canada jusqu'en février 1993 (*Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2). Ce régime permettait de commercialiser et de vendre au Canada des versions génériques de produits pharmaceutiques brevetés moyennant paiement de redevances aux titulaires des brevets. Comme les licences octroyées à Apotex et à Novopharm étaient antérieures au 20 décembre 1991, elles sont demeurées valides malgré l'abrogation du régime des licences obligatoires en février 1993 (aj. *idem*, par. 11(1)).

[11] Le ministre a établi à l'égard de Glaxo Canada de nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1990, 1991, 1992 et 1993, augmentant le revenu de celle-ci d'environ 51 millions de dollars en vertu du par. 69(2) de la Loi, au motif qu'elle avait versé à Adechsa une somme plus élevée que le montant qui aurait été raisonnable pour acheter la ranitidine.

III. Cour canadienne de l'impôt, 2008 CCI 324 (CanLII) (le juge en chef adjoint Rip)

[12] Le juge en chef adjoint Rip a confirmé la nouvelle cotisation établie par le ministre. Il a conclu que l'arrêt *Singleton c. Canada*, 2001 CSC 61, [2001] 2 R.C.S. 1046, exigeait un examen séparé du contrat de licence et du contrat de fourniture. Il ne s'est donc pas demandé si les droits et les avantages conférés par le contrat de licence constituaient une circonstance pertinente pour déterminer le prix de pleine concurrence approprié à payer pour se procurer de la ranitidine.

[13] Pour vérifier le caractère raisonnable des opérations de Glaxo Canada relatives à la ranitidine, le juge en chef adjoint Rip a utilisé la méthode du prix comparable sur le marché libre (la « méthode du PCML ») dont il est question dans une publication de l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE ») intitulée *Prix de transfert et entreprises multinationales : Rapport du Comité des Affaires Fiscales de l'OCDE* (1979) (les « Principes de 1979 ») et la révision de ces principes publiée en 1995 par l'OCDE sous le

that the appropriate comparator transaction was the highest price paid by the generic pharmaceutical companies for ranitidine from arm's length suppliers. Under this approach, he found the prices Glaxo Canada paid to Adechsa for ranitidine were greater than the reasonable amount had they been dealing at arm's length. Aside from allowing a \$25 per kilogram increment for granulation, he upheld the reassessment of the Minister.

IV. Federal Court of Appeal, 2010 FCA 201, 405 N.R. 307 (Nadon, Layden-Stevenson and Stratas J.J.A.)

[14] Nadon J.A., writing for a unanimous panel, found that the Tax Court had erred in not considering the Licence Agreement when determining whether the prices paid by Glaxo Canada for ranitidine were reasonable under s. 69(2). He said that *Singleton* was not relevant and that the test of "reasonable in the circumstances" included all circumstances that an arm's length purchaser would have to consider. Based on *Gabco Ltd. v. Minister of National Revenue* (1968), 68 D.T.C. 5210 (Ex. Ct.), Nadon J.A. adopted the "reasonable business person" test, which required an inquiry into the circumstances that an arm's length purchaser would consider relevant when deciding what price to pay (para. 69). He found that Rip A.C.J. had erred when he assessed the "fair market value" of ranitidine based on the amounts paid by the generic pharmaceutical companies to arm's length suppliers.

[15] Having determined that *Singleton* did not preclude looking at both the Supply and Licence

titre *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales* (1995) (les « Principes de 1995 »). Il a estimé que le facteur de comparaison approprié était le prix le plus élevé payé pour la ranitidine par les fabricants de produits pharmaceutiques génériques à des fournisseurs avec lesquels ils n'avaient pas de lien de dépendance. Suivant cette méthode, il a conclu que les prix payés par Glaxo Canada à Adechsa pour l'achat de la ranitidine étaient plus élevés que ceux qui auraient été raisonnables si ces deux sociétés n'avaient pas eu de lien de dépendance. Le juge a donc confirmé la nouvelle cotisation du ministre, sauf pour un ajustement à la hausse de 25 \$ le kilogramme pour la granulation.

IV. Cour d'appel fédérale, 2010 CAF 201 (CanLII) (les juges Nadon, Layden-Stevenson et Stratas)

[14] Le juge Nadon, qui s'exprimait au nom d'une formation unanime, a conclu que la Cour de l'impôt avait commis une erreur en ne tenant pas compte du contrat de licence pour déterminer si les prix payés par Glaxo Canada pour la ranitidine étaient raisonnables au sens du par. 69(2). Il a de plus affirmé que l'arrêt *Singleton* ne s'appliquait pas et que, pour déterminer le montant qui aurait été « raisonnable dans les circonstances », il fallait prendre en considération l'ensemble des circonstances dont un acheteur sans lien de dépendance aurait eu à tenir compte. Se fondant sur la décision *Gabco Ltd. c. Minister of National Revenue* (1968), 68 D.T.C. 5210 (C. de l'É.), le juge Nadon a adopté le critère « de l'homme ou de la femme d'affaires raisonnable », critère qui commande l'examen des circonstances que l'acheteur sans lien de dépendance jugerait pertinentes pour décider du prix à payer (par. 69). Il a conclu que le juge en chef adjoint Rip avait commis une erreur lorsqu'il avait calculé la « juste valeur marchande » de la ranitidine en se basant sur les sommes payées par les fabricants de produits pharmaceutiques génériques à des fournisseurs avec lesquels ils n'avaient aucun lien de dépendance.

[15] Après avoir décidé que l'arrêt *Singleton* n'empêchait pas d'examiner à la fois le contrat de

agreements and applying the “reasonable business person” test, Justice Nadon found that the Licence Agreement was central to Glaxo Canada’s business reality, and that it would be so even if the relationship with Adechsa was at arm’s length. Therefore, it was a “circumstance” that had to be taken into account when determining whether the prices paid by Glaxo Canada for ranitidine were reasonable. In his view, the Tax Court erred in using the purchase prices of ranitidine of the generic pharmaceutical companies to determine whether the Glaxo Canada prices were reasonable, as the Licence Agreement created fundamentally different circumstances for Glaxo Canada’s transactions.

[16] However, Nadon J.A. found that the burden on the taxpayer had not been fully discharged as the “reasonable amount” remained to be determined for Glaxo Canada’s ranitidine transactions. He remitted the matter to the Tax Court for re-determination.

## V. Analysis

### A. *Transfer Pricing in the Income Tax Act*

[17] The first transfer pricing provision in the Canadian *Income Tax Act* was enacted as s. 23B of the *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97, by *An Act to amend the Income War Tax Act*, S.C. 1939, c. 46, s. 13. The provision was re-enacted as s. 17(3) of *The Income Tax Act*, S.C. 1948, c. 52, and again as s. 17(3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148. Section 17(3) of the 1952 Act is almost identical to s. 69(2) first enacted in 1971 (S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1), with immaterial modifications in 1985 (R.S.C. 1985, c. 1 (5th Suppl.)).

fourniture et le contrat de licence ni d’appliquer le critère de « l’homme ou de la femme d’affaires raisonnable », le juge Nadon a conclu que le contrat de licence occupait une place centrale dans la réalité commerciale de Glaxo Canada et qu’il en serait ainsi même si Glaxo Canada n’avait pas de lien de dépendance avec Adechsa. Le contrat de licence constituait donc une « circonstance » dont il fallait tenir compte pour déterminer si les prix payés par Glaxo Canada pour la ranitidine étaient raisonnables. De l’avis du juge Nadon, la Cour de l’impôt avait commis une erreur en utilisant les prix d’achat payés pour la ranitidine par les fabricants de produits pharmaceutiques génériques pour déterminer si ceux payés par Glaxo Canada étaient raisonnables, étant donné que le contrat de licence créait une situation tout à fait différente dans le cas des opérations réalisées par Glaxo Canada.

[16] Le juge Nadon a toutefois conclu que le contribuable ne s’était pas entièrement acquitté du fardeau qui lui incombait, puisque le « montant raisonnable » n’avait pas encore été déterminé dans le cas des opérations effectuées par Glaxo Canada pour acquérir de la ranitidine. Il a donc renvoyé l’affaire à la Cour de l’impôt pour réexamen.

## V. Analyse

### A. *Établissement du prix de transfert dans la Loi de l’impôt sur le revenu*

[17] La première disposition législative fiscale canadienne concernant l’établissement du prix de transfert a été l’art. 23B de la *Loi de l’impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97, édictée par la *Loi modifiant la Loi de l’impôt de guerre sur le revenu*, S.C. 1939, ch. 46, art. 13. Cette disposition a été édictée de nouveau par le par. 17(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1948, ch. 52, puis par le par. 17(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148. Le paragraphe 17(3) de la Loi de 1952 était presque identique au par. 69(2), lequel a été édicté pour la première fois en 1971 (S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 1) et a fait l’objet de modifications mineures en 1985 (L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.)).

[18] The 1985 version of s. 69(2) applicable to the years 1990-1993 reads:

(2) Where a taxpayer has paid or agreed to pay to a non-resident person with whom the taxpayer was not dealing at arm's length as price, rental, royalty or other payment for or for the use or reproduction of any property, or as consideration for the carriage of goods or passengers or for other services, an amount greater than the amount (in this subsection referred to as "the reasonable amount") that would have been reasonable in the circumstances if the non-resident person and the taxpayer had been dealing at arm's length, the reasonable amount shall, for the purpose of computing the taxpayer's income under this Part, be deemed to have been the amount that was paid or is payable therefor.

[19] On the facts of this case, the section asks whether the prices Glaxo Canada paid Adechsa for ranitidine were greater than what would have been reasonable if Adechsa and Glaxo Canada had been dealing at arm's length. The challenge is to find an arm's length proxy that replicates the circumstances of Glaxo Canada as closely as possible in respect of its acquisition of ranitidine.

#### B. *The OECD Methods of Determining Reasonable Transfer Prices*

[20] In the courts below and in this Court, there has been reference to the 1979 *Guidelines* and the 1995 *Guidelines* (the "*Guidelines*"). The *Guidelines* contain commentary and methodology pertaining to the issue of transfer pricing. However, the *Guidelines* are not controlling as if they were a Canadian statute and the test of any set of transactions or prices ultimately must be determined according to s. 69(2) rather than any particular methodology or commentary set out in the *Guidelines*.

[21] Section 69(2) does not, itself, offer guidance as to how to determine the "reasonable amount" that would have been payable had the parties been dealing at arm's length. However, the *Guidelines*

[18] Voici le texte du par. 69(2) qui était en vigueur en 1985 et s'appliquait aux années 1990 à 1993 :

(2) Lorsqu'un contribuable a payé ou est convenu de payer à une personne non-résidente avec qui il avait un lien de dépendance, soit à titre de prix, loyer, redevance ou autre paiement pour un bien ou pour l'usage ou la reproduction d'un bien, soit en contrepartie du transport de marchandises ou de voyageurs ou d'autres services, une somme supérieure au montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances si la personne non-résidente et le contribuable n'avaient eu aucun lien de dépendance, ce montant raisonnable est réputé, pour le calcul du revenu du contribuable en vertu de la présente partie, correspondre à la somme ainsi payée ou payable.

[19] Eu égard aux faits de la présente affaire, il faut, pour l'application de cette disposition, se demander si les prix que Glaxo Canada a payés à Adechsa pour acquérir sa ranitidine étaient supérieurs au montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances si Adechsa et Glaxo Canada n'avaient eu aucun lien de dépendance. La difficulté consiste à trouver une situation comparable où le vendeur n'aurait pas eu de lien de dépendance et où les circonstances correspondent le plus possible à celles de Glaxo Canada en ce qui concerne l'acquisition de ranitidine.

#### B. *Méthodes proposées par l'OCDE pour déterminer des prix de transfert raisonnables*

[20] Devant les juridictions inférieures et devant notre Cour, on s'est référé aux *Principes* de 1979 et aux *Principes* de 1995 (les « *Principes* »). Les *Principes* font état de méthodes de fixation du prix de transfert et de commentaires à cet égard. Ils n'ont cependant pas la même force contraignante qu'une loi canadienne et, en dernière analyse, le critère à appliquer à un ensemble d'opérations ou de prix doit être établi suivant le par. 69(2) et non pas selon quelque commentaire ou méthode énoncé dans les *Principes*.

[21] Le paragraphe 69(2) ne donne pas en soi d'indications sur la façon de déterminer le « montant raisonnable » qui aurait été payable si les parties n'avaient eu aucun lien de dépendance.

suggest a number of methods for determining whether transfer prices are consistent with prices determined between parties dealing at arm's length.

[22] In the Tax Court, the parties relied on four methods from the *Guidelines* to assess the reasonableness of the prices Glaxo Canada paid Adechsa. The Minister relied on the CUP method and the cost plus method (see 1979 *Guidelines*, at paras. 48 and 63). The CUP method compares the prices in comparable transactions between parties dealing at arm's length with the transfer prices paid by the taxpayer being reassessed. The *Guidelines* say this is the most direct way of determining the arm's length price. This is the method under which the Minister compared the Glaxo Canada transfer prices with the prices paid by Apotex and Novopharm.

[23] However, the 1995 *Guidelines* also say that the arm's length transactions must be carefully considered for comparability with the transfer price transactions. Transactions are only comparable if:

1. None of the differences (if any) between the transactions being compared or between the enterprises undertaking those transactions could materially affect the price in the open market; or
2. Reasonably accurate adjustments can be made to eliminate the material effects of such differences. (See 1995 *Guidelines*, at para. 1.15.)

[24] The cost plus method is based upon the foreign suppliers' costs, plus an appropriate mark-up. However, the 1979 *Guidelines* say that the method "raise[d] problems both as regards assessing costs . . . and the appropriate mark-up for profit" (para. 63). They suggest its usefulness may be

En revanche, les *Principes* proposent un certain nombre de méthodes pour déterminer si des prix de transfert sont compatibles avec ceux dont ont convenu des parties n'ayant aucun lien de dépendance.

[22] Devant la Cour de l'impôt, les parties se sont fondées sur quatre méthodes proposées dans les *Principes* pour évaluer le caractère raisonnable des prix payés par Glaxo Canada à Adechsa. Le ministre s'est appuyé sur la méthode du PCML et sur celle du prix de revient majoré (voir les *Principes* de 1979, par. 48 et 63). Dans le cas de la méthode du PCML, on compare les prix payés dans le cadre d'opérations comparables réalisées par des parties sans lien de dépendance à ceux qu'a payés le contribuable faisant l'objet de la nouvelle cotisation. Aux termes des *Principes*, il s'agit de la méthode la plus directe pour déterminer le prix de pleine concurrence. C'est celle qu'a utilisée le ministre pour comparer les prix de transfert payés par Glaxo Canada à ceux payés par Apotex et par Novopharm.

[23] Les *Principes* de 1995 précisent toutefois qu'il faut étudier attentivement les opérations réalisées entre parties sans lien de dépendance pour s'assurer de leur comparabilité avec celles impliquant un prix de transfert. Des opérations ne sont comparables que si l'une des conditions suivantes est remplie :

1. Aucune différence (s'il en existe) entre les transactions faisant l'objet de la comparaison ou entre les entreprises effectuant ces transactions, n'est susceptible d'avoir une incidence sensible sur la marge sur le prix pratiqué sur le marché libre, ou
2. des correctifs suffisamment exacts peuvent être apportés pour supprimer les effets matériels de ces différences. (Voir les *Principes* de 1995, par. 1.15.)

[24] La méthode du prix de revient majoré est fondée sur le prix de revient du fournisseur étranger, majoré d'une marge bénéficiaire appropriée. Les *Principes* de 1979 soulignent toutefois que « [l]es problèmes posés par cette méthode concernent le calcul des coûts [. . .] et la marge bénéficiaire

as a means of verifying prices after other methods have been applied. The Minister used the cost plus method to verify the arm's length prices he determined under the CUP method.

[25] Glaxo Canada relied on the resale price, the transactional net margin and the CUP methods, using a set of European comparators. As described above, the resale-price method starts with the price charged by the reseller (Glaxo Canada) in the market for the product (Zantac). The price is then reduced by the proportion representing the reseller's cost and appropriate profit, i.e. the reseller's gross profit margin. The balance is the transfer price for the product purchased from the related non-resident supplier (Adechsa). This gross profit margin is then compared to the gross profit margin earned by independent arm's length resellers. The 1979 *Guidelines* observe that this method is the most useful when applied to marketing operations. Glaxo Canada compared its gross profit margin with those of independent European distributors of Zantac.

[26] The transactional net margin method looks at the net profit relative to a base such as costs, sales or assets in a controlled transaction as compared to the net profit ratio earned by the same taxpayer in comparable uncontrolled transactions. If this is not possible, consideration may be given to the net profit relative to costs, sales or assets of an independent enterprise, provided the circumstances are comparable and adjustments may be made to obtain reliable results.

[27] Glaxo Canada's CUP approach utilized the prices paid by European independent distributors of Zantac which Glaxo Canada submitted approximated the prices paid by Glaxo Canada to Adechsa.

normale » (par. 63). On y mentionne qu'elle peut être utile pour vérifier des prix à la suite de l'application d'autres méthodes. Le ministre a utilisé cette méthode du prix de revient majoré pour vérifier le bien-fondé des prix de pleine concurrence qu'il avait déterminés selon la méthode du PCML.

[25] Pour sa part, Glaxo Canada s'est fondée sur la méthode du prix de revente, sur la méthode transactionnelle de la marge nette et sur la méthode du PCML, en appliquant une série d'éléments de comparaison européens. Comme il a été expliqué précédemment, la méthode du prix de revente part du prix demandé par le revendeur (Glaxo Canada) sur le marché pour le produit (Zantac). Ce prix est ensuite réduit d'un montant correspondant aux frais et au bénéfice approprié du revendeur, c'est-à-dire à la marge bénéficiaire brute de ce dernier. Le reste est considéré comme le prix de transfert du produit acheté au fournisseur non-résident apparenté (Adechsa). La marge bénéficiaire brute est ensuite comparée à celle réalisée par des revendeurs indépendants sans lien de dépendance. On souligne dans les *Principes* de 1979 que cette méthode est particulièrement utile lorsqu'elle est appliquée à des opérations de commercialisation. Glaxo Canada a comparé sa marge bénéficiaire brute à celle des distributeurs européens indépendants de Zantac.

[26] La méthode transactionnelle de la marge nette consiste à déterminer, à partir d'une base — par exemple les coûts, les ventes ou l'actif —, la marge bénéficiaire nette obtenue par le contribuable au titre d'une opération entre entreprises associées par référence à la marge bénéficiaire nette que le même contribuable réalise au titre d'opérations comparables sur le marché libre. Lorsque ce n'est pas possible, on peut tenir compte du bénéfice net par rapport aux coûts, aux ventes ou à l'actif d'une entreprise indépendante, à condition que la situation soit comparable et que des correctifs puissent être apportés en vue d'obtenir des résultats fiables.

[27] Dans son application de la méthode du PCML, Glaxo Canada a utilisé les prix payés par des distributeurs européens indépendants de Zantac, prix qui selon elle correspondaient en gros à ceux qu'elle avait payés à Adechsa.

C. *The Transactional Approach Adopted by the Tax Court*

[28] Rip A.C.J. rejected Glaxo Canada's evidence and submissions. Utilizing the CUP method, Rip A.C.J. compared the prices paid by Glaxo Canada with those paid by the Canadian generic companies for ranitidine and found that the highest generic prices paid were in the range of \$300 per kilogram, while Glaxo Canada was paying over \$1,500 per kilogram.

[29] Glaxo Canada had argued that the comparison with generic companies was inappropriate. It said that the Licence Agreement must be taken into account, as it conferred certain rights and benefits related to the purpose for which its ranitidine was purchased.

[30] However, Rip A.C.J. found that *Singleton* precluded him from considering the Licence Agreement. Absent the Licence Agreement, the prices paid under the Supply Agreement had to be considered as being only for ranitidine. There could thus be no compensation for other rights or benefits under the Supply Agreement. Because the prices paid by Glaxo Canada and the generic companies were both solely for ranitidine, there were no differences between the transactions that might justify higher transfer prices than the prices paid by Apotex and Novopharm (aside from a \$25 per kilogram charge for granulation that Glaxo Canada was allowed).

[31] The question before Rip A.C.J. was the determination of the reasonable price under s. 69(2). Critical to that determination was whether the Licence Agreement was a circumstance to be taken into account.

[32] The Minister argues that this Court's decisions in *Singleton* and *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, along with the *Guidelines*, require a transactional, sometimes called a transaction-by-transaction, approach when determining the reasonable transfer price under

C. *La méthode transactionnelle adoptée par la Cour de l'impôt*

[28] Le juge en chef adjoint Rip a rejeté les éléments de preuve et les arguments présentés par Glaxo Canada. Appliquant la méthode du PCML, il a comparé les prix payés par Glaxo Canada pour la ranitidine à ceux payés par des fabricants canadiens de produits génériques, et il a conclu que les prix les plus élevés payés par ces derniers avoisinaient 300 \$ le kilogramme, alors que Glaxo Canada payait plus de 1 500 \$ le kilogramme.

[29] Glaxo Canada avait soutenu que la comparaison avec les fabricants de médicaments génériques n'était pas pertinente. Elle affirmait qu'il fallait tenir compte du contrat de licence, étant donné qu'il conférait certains droits et avantages liés à l'objet pour lequel elle avait acheté sa ranitidine.

[30] Le juge en chef adjoint Rip a toutefois conclu que l'arrêt *Singleton* l'empêchait de tenir compte du contrat de licence. Sans le contrat de licence, il fallait considérer que les prix payés en application du contrat de fourniture visaient uniquement l'achat de la ranitidine. Ce contrat ne prévoyait donc pas de contrepartie pour d'autres droits ou avantages. Comme les prix payés par Glaxo Canada et les fabricants de médicaments génériques ne visaient dans les deux cas que la ranitidine, il n'existait entre ces opérations aucune différence susceptible de justifier l'établissement de prix de transfert plus élevés que ceux payés par Apotex et par Novopharm (abstraction faite des frais de granulation de 25 \$ le kilogramme accordés à Glaxo Canada).

[31] La question à laquelle le juge en chef adjoint Rip devait répondre concernait l'établissement du prix raisonnable au sens du par. 69(2). Pour ce faire, il était essentiel de décider si le contrat de licence était une circonstance dont il fallait tenir compte.

[32] Le ministre soutient que, conjugués aux *Principes*, les arrêts rendus par notre Cour dans les affaires *Singleton* et *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, requièrent l'application de la méthode transactionnelle, parfois appelée méthode de transaction par transaction, pour déterminer le

s. 69(2). In the Tax Court, the Minister explained that the transaction-by-transaction approach is one in which the transaction in issue must be considered independently from surrounding circumstances, other transactions, or other realities. In this Court, the Minister submitted that “each transfer is to be treated as a separate transaction” (A.F., at para. 46). Accordingly, the Licence Agreement would be irrelevant.

(1) *Singleton*

[33] The Minister submits that *Singleton* and *Shell*, decided under s. 20(1)(c)(i) of the Act, are authority for the proposition that a transaction-by-transaction approach must be followed under s. 69(2). *Singleton* involved the deductibility from income of interest paid and payable on borrowed money under s. 20(1)(c)(i), of the *Income Tax Act*. In *Singleton*, the taxpayer used funds from his capital account at his law firm to assist in financing the purchase of a home. He then used borrowed funds to replace the funds he was withdrawing from his capital account. The sole issue was whether borrowed money was “used for the purpose of earning income”. This Court found that the borrowed funds were used to invest in the law firm for the purpose of earning income and, therefore, the interest payable thereon was deductible for income tax purposes. The fact that the borrowing occurred because the taxpayer wanted to use his equity in the firm to buy a house was irrelevant for determining the use of the borrowed funds. For purposes of s. 20(1)(c)(i), it would be wrong to collapse the transaction withdrawing funds from the firm to purchase the house and the borrowing transaction to replenish the capital account at the firm. It was the requirement to treat the two transactions separately that caused Rip A.C.J., at para. 78, to say that s. 69(2) required the Supply and Licence agreements to be treated separately.

prix de transfert raisonnable au sens du par. 69(2). Devant la Cour de l'impôt, le ministre a expliqué que, selon la méthode transaction par transaction, l'opération en litige doit être examinée indépendamment des circonstances de l'affaire, d'autres opérations ou d'autres réalités. Devant notre Cour, il a fait valoir que [TRADUCTION] « chaque transfert doit être considéré comme une opération distincte » (m.a., par. 46). En conséquence, le contrat de licence ne serait pas pertinent.

(1) *Singleton*

[33] Le ministre soutient que les arrêts *Singleton* et *Shell*, qui portaient sur l'application du sous-al. 20(1)(c)(i) de la Loi, permettent d'affirmer que le par. 69(2) exige l'application de la méthode transaction par transaction. L'affaire *Singleton* concernait la possibilité pour un contribuable de déduire de son revenu, en vertu du sous-al. 20(1)(c)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des intérêts payés et payables sur de l'argent emprunté. Le contribuable en question avait utilisé une partie des fonds du compte de capital qu'il possédait dans son cabinet d'avocats pour financer l'achat d'une maison. Il avait par la suite emprunté de l'argent pour remplacer les sommes qu'il avait retirées de son compte de capital. La seule question en litige était celle de savoir si l'argent emprunté avait été « utilisé en vue de tirer un revenu ». Notre Cour a conclu que l'argent emprunté avait été utilisé pour être investi dans le cabinet d'avocats en vue de tirer un revenu et que, par conséquent, les intérêts payables sur ce prêt étaient déductibles sur le plan fiscal. Le fait que le contribuable avait contracté l'emprunt en vue d'utiliser son avoir dans le cabinet d'avocats pour acheter une maison n'était pas pertinent pour déterminer l'utilisation de l'argent emprunté. Il serait erroné, pour l'application du sous-al. 20(1)(c)(i), de considérer comme un tout l'opération par laquelle le contribuable avait retiré de l'argent qu'il possédait dans le cabinet d'avocats pour acheter une maison et le prêt qu'il avait contracté pour renflouer le compte en capital de ce même cabinet. Ce serait l'obligation de considérer les deux opérations séparément qui a amené le juge en chef adjoint Rip à déclarer, au par. 78, que le par. 69(2) commandait que le contrat de fourniture et le contrat de licence soient considérés séparément.



[34] With respect, the approach of the Tax Court judge and the argument of the Minister ignore the difference between s. 20(1)(c)(i) and s. 69(2). Nothing in s. 20(1)(c)(i) entitles a court to search for anything other than the use to which the borrowed funds are put. The factual determination is simply whether the use of borrowed funds was for the purpose of earning income.

[35] Section 20(1)(c)(i) does not ask whether it is unreasonable to claim the interest deduction; nor does it require a comparison of transactions to determine if the deduction is reasonable. By contrast, s. 69(2) requires the court to determine whether the transfer price was greater than the amount that would have been reasonable in the circumstances, had the parties been dealing at arm's length. If transactions other than the purchasing transaction are relevant in determining this question, they must not be ignored.

(2) *Shell*

[36] The issue in *Shell* similarly involved s. 20(1)(c)(i). Again the issue involved whether borrowed funds were used for the purpose of earning income. In *Shell*, the taxpayer had entered into an agreement to borrow \$150 million in New Zealand currency at an interest rate of 15.4 percent. The taxpayer converted these funds into U.S. currency, which was then used for business purposes. Through a series of foreign currency transactions relating to the devaluation of the New Zealand currency over the course of the loan, *Shell* was able to reduce its effective rate of interest to 9.1 percent, while still claiming an income tax deduction based on the 15.4 percent interest rate on the initial transaction.

[37] The issue in *Shell*, as in *Singleton*, turned on whether the borrowed funds, once converted into U.S. currency, could properly be considered to be used for the purpose of earning income. The Court found that it was irrelevant that the funds had been

[34] En toute déférence, le raisonnement suivi par le juge de la Cour de l'impôt et l'argument présenté par le ministre font abstraction de la différence qui existe entre le sous-al. 20(1)c)(i) et le par. 69(2). La première disposition n'a pas pour effet d'autoriser le tribunal à s'interroger sur autre chose que l'utilisation qui a été faite de l'argent emprunté. La question de fait à trancher consiste simplement à se demander si l'argent emprunté a servi ou non à tirer un revenu.

[35] La question à laquelle il faut répondre pour l'application du sous-al. 20(1)c)(i) n'est pas de savoir s'il est déraisonnable de réclamer la déduction d'intérêts; cette disposition n'exige pas non plus que le tribunal compare des opérations pour décider si la déduction est raisonnable. En revanche, le par. 69(2) oblige le tribunal à déterminer si le prix de transfert était supérieur au montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances si les parties n'avaient eu aucun lien de dépendance entre elles. S'il existe des opérations autres que l'achat qui sont pertinentes pour trancher cette question, elles ne doivent pas être négligées.

(2) *Shell*

[36] Dans l'affaire *Shell*, le litige portait aussi sur le sous-al. 20(1)c)(i). Là encore, il s'agissait de déterminer si l'argent emprunté avait servi à tirer un revenu. Le contribuable avait emprunté 150 millions de dollars en devises de la Nouvelle-Zélande à un taux d'intérêt de 15,4 p. 100, puis converti ces fonds en devises américaines, qui avaient ensuite été utilisées à des fins commerciales. Par une série d'opérations en devises étrangères tablant sur la dépréciation de la devise néo-zélandaise pendant la durée du prêt, *Shell* avait réussi à ramener son taux d'intérêt réel à 9,1 p. 100, tout en continuant à réclamer une déduction d'impôt sur le revenu en fonction du taux d'intérêt de 15,4 p. 100 applicable à l'opération initiale.

[37] Dans *Shell*, tout comme dans *Singleton*, il s'agissait de décider si, à la suite de sa conversion en dollars américains, l'argent emprunté pouvait à juste titre être considéré comme ayant été utilisé en vue de tirer un revenu. La Cour a conclu qu'il

converted into U.S. currency as part of a sophisticated tax scheme. The Minister was not entitled to re-characterize the taxpayer's *bona fide* legal relationships.

[38] This differs significantly from s. 69(2). The requirement of s. 69(2) is that the price established in a non-arm's length transfer pricing transaction is to be redetermined as if it were between parties dealing at arm's length. If the circumstances require, transactions other than the purchasing transactions must be taken into account to determine whether the actual price was or was not greater than the amount that would have been reasonable had the parties been dealing at arm's length. *Shell* is therefore also inapplicable to a determination under s. 69(2).

(3) Guidelines Do Not Require a Transaction-by-Transaction Approach

[39] The Minister also relied on para. 1.42 of the 1995 *Guidelines* to justify the transaction-by-transaction requirement. Paragraph 1.42 provides:

Ideally, in order to arrive at the most precise approximation of fair market value, the arm's length principle should be applied on a transaction-by-transaction basis.

The Minister submits that para. 1.42 requires the court to focus only on the particular transaction at issue and, thus, does not permit the Licence Agreement to inform the determination of the reasonableness of the prices paid for ranitidine under the Supply Agreement.

[40] However, para. 1.42 is not as restrictive as the Minister submits. It also provides:

... there are often situations where separate transactions are so closely linked or continuous that they cannot be evaluated adequately on a separate basis.

Thus, while a transaction-by-transaction approach may be ideal, the 1995 *Guidelines* themselves recognize that it is not appropriate in all cases.

importait peu que les fonds aient été convertis en devises américaines dans le cadre d'un montage fiscal complexe. Le ministre ne pouvait procéder à une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables établis par le contribuable.

[38] La situation est radicalement différente dans le cas du par. 69(2). Cette disposition requiert en effet que le prix établi lors d'une opération de transfert avec lien de dépendance soit fixé à nouveau, comme si cette opération avait été conclue par des parties sans lien de dépendance. Si les circonstances l'exigent, d'autres opérations que les opérations d'achat pourraient devoir être prises en compte afin de déterminer si le prix effectivement payé était ou non supérieur au montant qui aurait été raisonnable si les parties n'avaient pas eu de lien de dépendance. L'arrêt *Shell* ne s'applique donc pas pour trancher un litige fondé sur le par. 69(2).

(3) Les Principes n'exigent pas l'application de la méthode transaction par transaction

[39] Le ministre a aussi invoqué le passage suivant du par. 1.42 des *Principes* de 1995 pour justifier le recours à la méthode transaction par transaction :

En théorie, pour se rapprocher le plus possible de la juste valeur du marché, le principe de pleine concurrence doit être appliqué transaction par transaction.

Suivant le ministre, le par. 1.42 oblige le tribunal à se concentrer uniquement sur l'opération en cause, de sorte que le contrat de licence ne saurait influencer sur l'évaluation du caractère raisonnable des prix payés pour la ranitidine aux termes du contrat de fourniture.

[40] Le paragraphe 1.42 n'est toutefois pas aussi restrictif que le prétend le ministre. En effet, il prévoit également ce qui suit :

... bien souvent des transactions distinctes sont si étroitement liées ou continues qu'il n'est pas possible de se prononcer correctement sans les prendre en compte dans leur ensemble.

En conséquence, bien que la méthode transaction par transaction puisse en théorie être la méthode idéale, les *Principes* de 1995 reconnaissent eux-mêmes qu'elle ne convient pas dans tous les cas.

[41] Further, the general statement in the 1995 *Guidelines* regarding the arm's length principle at para. 1.15 also provides guidance as to when related transactions should be taken into account:

Application of the arm's length principle is generally based on a comparison of the conditions in a controlled transaction with the conditions in transactions between independent enterprises. In order for such comparisons to be useful, the economically relevant characteristics of the situations being compared must be sufficiently comparable. To be comparable means that none of the differences (if any) between the situations being compared could materially affect the condition being examined in the methodology (e.g. price or margin), or that reasonably accurate adjustments can be made to eliminate the effect of any such differences. [Emphasis added.]

[42] Thus, according to the 1995 *Guidelines*, a proper application of the arm's length principle requires that regard be had for the "economically relevant characteristics" of the arm's length and non-arm's length circumstances to ensure they are "sufficiently comparable". Where there are no related transactions or where related transactions are not relevant to the determination of the reasonableness of the price in issue, a transaction-by-transaction approach may be appropriate. However, "economically relevant characteristics of the situations being compared" may make it necessary to consider other transactions that impact the transfer price under consideration. In each case, it is necessary to address this question by considering the relevant circumstances.

D. *The Licence Agreement Is Relevant in the Circumstances*

[43] For the above reasons, in my respectful opinion, Rip A.C.J. was in error when he found that he was precluded from considering the Licence Agreement. Nonetheless, while consideration of the Licence Agreement was not precluded, the question still remains as to whether he should have considered it.

[41] En outre, l'énoncé général figurant au par. 1.15 des *Principes* de 1995 relativement au principe de pleine concurrence donne lui aussi des indications sur les situations dans lesquelles il convient de tenir compte d'opérations liées :

L'application du principe de pleine concurrence se fonde généralement sur une comparaison entre les conditions pratiquées pour une transaction entre entreprises associées et celles pratiquées pour une transaction entre entreprises indépendantes. Pour qu'une telle comparaison soit significative, il faut que les caractéristiques économiques des situations prises en compte soient suffisamment comparables. Cela signifie qu'il ne doit pas y avoir de différences entre les situations comparées pouvant notablement influencer sur l'élément examiné du point de vue méthodologique (par exemple le prix ou la marge bénéficiaire) ou si des correctifs suffisamment fiables peuvent être utilisés pour éliminer l'incidence de telles différences. [Je souligne.]

[42] Par conséquent, suivant les *Principes* de 1995, pour bien appliquer le principe de pleine concurrence, il est nécessaire de tenir compte des « caractéristiques économiques » des opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance pour s'assurer que ces caractéristiques sont « suffisamment comparables ». Lorsqu'il n'y a pas d'opération liée, ou lorsque les opérations liées ne sont pas pertinentes dans la détermination du caractère raisonnable du prix en cause, la méthode transaction par transaction peut convenir. Toutefois, « les caractéristiques économiques des situations prises en compte » peuvent rendre nécessaire l'examen d'autres opérations ayant une incidence sur le prix de transfert en cause. Dans chaque cas, il est nécessaire d'aborder cette question à la lumière des circonstances pertinentes.

D. *Le contrat de licence est pertinent dans les circonstances*

[43] En toute déférence et pour les motifs que je viens d'exposer, le juge en chef adjoint Rip a fait erreur en concluant qu'il n'était pas autorisé à tenir compte du contrat de licence. Cependant, même si rien ne s'opposait à la prise en considération de ce contrat, il faut néanmoins se demander si le juge aurait dû le faire.

[44] Because s. 69(2) requires an inquiry into the price that would be reasonable in the circumstances had the non-resident supplier and the Canadian taxpayer been dealing at arm's length, it necessarily involves consideration of all the circumstances of the Canadian taxpayer relevant to the price paid to the non-resident supplier. Such circumstances will include agreements that may confer rights and benefits in addition to the purchase of property where those agreements are linked to the purchasing agreement. The objective is to determine what an arm's length purchaser would pay for the property and the rights and benefits together where the rights and benefits are linked to the price paid for the property.

[45] The business of Glaxo Canada was the secondary manufacturing and marketing of brand-name pharmaceuticals, including Zantac. Glaxo Canada also engaged in research and development although there is no indication that its research and development work pertained to Zantac. Glaxo Canada's purchase of ranitidine must be understood, having regard to this business reality.

[46] Rip A.C.J. found, at para. 86, that "it was by virtue of the Licence Agreement that the appellant was required to purchase its ranitidine from Glaxo approved sources". The parties have not disputed this finding.

[47] There were only two approved sources, one of which was Adechsa. Thus, in order to avail itself of the benefits of the Licence Agreement, Glaxo Canada was required to purchase the active ingredient from one of these sources. This requirement was not the product of the non-arm's length relationship between Glaxo Canada and Glaxo Group or Adechsa. Rather, it arose because Glaxo Group controlled the trademark and patent of the brand-name pharmaceutical product Glaxo Canada wished to market. An arm's length distributor wishing to market Zantac might well be faced with the same requirement.

[44] Comme le par. 69(2) exige que le tribunal s'interroge sur le prix qui aurait été raisonnable dans les circonstances si le fournisseur non-résident et le contribuable canadien n'avaient eu aucun lien de dépendance entre eux, son application suppose nécessairement l'examen de toutes les circonstances relatives au contribuable canadien qui sont pertinentes à l'égard du prix payé par ce dernier au fournisseur non-résident. Parmi ces circonstances, mentionnons les ententes susceptibles de conférer des droits et des avantages en sus du bien acheté, lorsque ces ententes sont liées au contrat d'achat. L'objectif de cet examen consiste à déterminer ce qu'un acheteur sans lien de dépendance paierait à la fois pour le bien et pour de tels droits et avantages lorsqu'il existe un lien entre ceux-ci et le prix payé pour le bien en question.

[45] Glaxo Canada exerçait des activités de fabrication et de commercialisation secondaires de produits pharmaceutiques d'origine, dont le Zantac. Elle menait aussi des activités de recherche et de développement, bien que rien n'indique que ces activités concernaient le Zantac. C'est donc dans le contexte de cette réalité commerciale qu'il faut examiner les achats de ranitidine effectués par Glaxo Canada.

[46] Le juge en chef adjoint Rip a conclu, au par. 86, qu'« aux termes du contrat de licence, l'appelante était tenue d'acheter sa ranitidine de sources approuvées par Glaxo ». Les parties n'ont pas contesté cette conclusion.

[47] Or, il n'existait que deux sources approuvées, dont l'une était Adechsa. En conséquence, pour être en mesure de se prévaloir des avantages conférés par le contrat de licence, Glaxo avait l'obligation de se procurer l'ingrédient actif auprès de l'une ou l'autre de ces sources. Cette obligation ne résultait pas des liens de dépendance existant entre Glaxo Canada et le groupe Glaxo ou Adechsa, mais plutôt du contrôle que le groupe Glaxo exerçait sur la marque de commerce et le brevet relatifs au produit pharmaceutique d'origine que Glaxo Canada souhaitait commercialiser. Tout distributeur sans lien de dépendance qui souhaiterait commercialiser le Zantac pourrait fort bien être astreint à la même obligation.

[48] The effect of the link between the Licence and Supply agreements was that an entity that wished to market Zantac was subject to contractual terms affecting the price of ranitidine that generic marketers of ranitidine products were not.

[49] As such, the rights and benefits of the Licence Agreement were contingent on Glaxo Canada entering into a Supply Agreement with suppliers to be designated by Glaxo Group. The result of the price paid was to allocate to Glaxo Canada what Glaxo Group considered to be appropriate compensation for its secondary manufacturing and marketing function in respect of ranitidine and Zantac.

[50] Rip A.C.J. appears to have been concerned that a multinational organization, by requiring a Canadian subsidiary to acquire a product from a specified supplier, would escape the requirement to have its prices measured against arm's length prices (para. 89). However, whatever price was determined by Glaxo Group would be subject to s. 69(2) and the requirement that the transfer pricing transactions be measured against transactions between parties dealing with each other at arm's length.

[51] Thus, it appears that Glaxo Canada was paying for at least some of the rights and benefits under the Licence Agreement as part of the purchase prices for ranitidine from Adechsa. Because the prices paid to Adechsa were set, in part, as compensation to Glaxo Group for the rights and benefits conferred on Glaxo Canada under the Licence Agreement, the Licence Agreement could not be ignored in determining the reasonable amount paid to Adechsa under s. 69(2), which applies not only to payment for goods but also to payment for services.

[52] Considering the Licence and Supply agreements together offers a realistic picture of the profits of Glaxo Canada. It cannot be irrelevant that

[48] Vu le lien entre le contrat de licence et le contrat de fourniture, les entités qui souhaitaient commercialiser le Zantac étaient assujetties à des modalités contractuelles ayant une incidence sur le prix de la ranitidine, modalités auxquelles les distributeurs de produits génériques à base de ranitidine n'étaient pour leur part pas soumis.

[49] Par conséquent, le bénéfice des droits et des avantages conférés par le contrat de licence dépendait de la signature, par Glaxo Canada, d'un contrat de fourniture avec des fournisseurs désignés par le groupe Glaxo. Le prix payé avait pour effet d'accorder à Glaxo Canada une contrepartie que le groupe Glaxo estimait être appropriée pour les fonctions de fabrication et de commercialisation secondaires exercées par Glaxo Canada relativement à la ranitidine et au Zantac.

[50] Il semble que le juge en chef adjoint Rip ait été préoccupé par le fait qu'une entreprise multinationale pourrait éviter, en obligeant une filiale canadienne à se procurer un produit auprès d'un fournisseur déterminé, que ses prix soient mesurés par rapport à des prix de pleine concurrence (par. 89). Cependant, tout prix fixé par le groupe Glaxo aurait été assujéti au par. 69(2) et à l'obligation que les opérations impliquant des prix de transfert soient mesurées par rapport à des opérations conclues entre des parties n'ayant aucun lien de dépendance.

[51] En conséquence, il semble qu'une partie des prix d'achat versés à Adechsa pour la ranitidine servait de contrepartie pour au moins certains des droits et avantages conférés par le contrat de licence. Parce que les prix payés à Adechsa visaient donc en partie à compenser le groupe Glaxo pour les droits et les avantages conférés à Glaxo Canada par le contrat de licence, le tribunal ne pouvait faire abstraction de ce contrat lorsqu'il déterminait le montant raisonnable qui devait être payé à Adechsa au sens du par. 69(2), lequel s'applique non seulement aux paiements faits pour des biens mais également à ceux faits pour des services.

[52] L'examen corrélatif du contrat de licence et du contrat de fourniture permet de brosser un tableau réaliste des bénéfices réalisés par Glaxo Canada.

Glaxo Canada's function was primarily as a secondary manufacturer and marketer. It did not originate new products and the intellectual property rights associated with them. Nor did it undertake the investment and risk involved with originating new products. Nor did it have the other risks and investment costs which Glaxo Group undertook under the Licence Agreement. The prices paid by Glaxo Canada to Adechsa were a payment for a bundle of at least some rights and benefits under the Licence Agreement and product under the Supply Agreement.

[53] I agree with the Federal Court of Appeal that Rip A.C.J. erred in refusing to take account of the Licence Agreement. It was that refusal which led him to find that the prices the generic pharmaceutical companies paid for ranitidine were comparable under the CUP method. However, the generic comparators do not reflect the economic and business reality of Glaxo Canada and, at least without adjustment, do not indicate the price that would be reasonable in the circumstances, had Glaxo Canada and Adechsa been dealing at arm's length.

[54] I agree with Justice Nadon that "the amount that would have been reasonable in the circumstances" if Glaxo Canada and Adechsa had been dealing at arm's length has yet to be determined (para. 79). This will require a close examination of the terms of the Licence Agreement and the rights and benefits granted to Glaxo Canada under that Agreement.

[55] However, with respect to royalties, I would observe that the Licence Agreement expressly provides under clause 11(1)(b):

(ii) in the event that GLAXO CANADA purchases raw materials or bulk or finished Product from

Le fait que cette dernière agissait principalement comme fabricant et distributeur secondaires n'est pas sans pertinence. Glaxo Canada ne créait pas de nouveaux produits et n'était pas l'origine des droits de propriété intellectuelle associés à de tels produits. Elle ne faisait pas les investissements requis pour la création de nouveaux produits et ne courait pas les risques liés à ces activités. Elle n'assumait pas non plus les autres risques et frais d'investissement que le groupe Glaxo avait pris à sa charge aux termes du contrat de licence. Les prix payés par Glaxo Canada à Adechsa l'étaient en contrepartie d'un ensemble de choses, à savoir au moins un certain nombre de droits et avantages prévus par le contrat de licence et le produit visé par le contrat de fourniture.

[53] À l'instar de la Cour d'appel fédérale, je suis d'avis que le juge en chef adjoint Rip a commis une erreur en refusant de tenir compte du contrat de licence. C'est ce refus qui l'a amené à conclure que les prix payés par les fabricants de produits pharmaceutiques génériques pour la ranitidine constituaient des éléments comparables pour l'application de la méthode du PCML. Toutefois, les comparaisons faites avec de tels fabricants ne correspondent pas à la réalité économique et commerciale de Glaxo Canada et, à tout le moins à défaut d'ajustements, ne permettent pas de déterminer les prix qui auraient été raisonnables dans les circonstances si Glaxo Canada et Adechsa n'avaient pas eu de lien de dépendance.

[54] Je souscris également à la conclusion du juge d'appel Nadon selon laquelle « la somme qui aurait été raisonnable dans les circonstances » si l'appelante et Adechsa n'avaient pas eu de lien de dépendance reste à déterminer (par. 79). Pour ce faire, il faudra examiner attentivement les modalités du contrat de licence ainsi que les droits et les avantages conférés à Glaxo Canada par ce contrat.

[55] Toutefois, en ce qui concerne les redevances, je tiens à signaler que le contrat de licence prévoit expressément ce qui suit à l'article 11(1)(b) :

[TRADUCTION]

(ii) pour le cas où GLAXO CANADA achète des matières premières ou un Produit en vrac ou fini au

GROUP or an Associate it is the parties' express intention that no royalties be payable by GLAXO CANADA on the importation of such raw materials or bulk or finished Product but only on GLAXO CANADA's Net Sales of Product in the Territory;

- (iii) GLAXO CANADA shall not be required to pay any royalty or license fee as a condition of the sale by GROUP or its Associates to GLAXO CANADA of merchandise for export to the Territory and such merchandise shall be priced in accordance with a separate agreement between the parties without regard to royalties payable hereunder [as contemplated in sub-clause 7(1) hereof]
- (iv) no royalty shall be payable by GLAXO CANADA on its manufacture or use of the Products but only on its sales of the Products; [Text in brackets in original.]

[56] Glaxo Canada's pleadings in the Tax Court did not rely on s. 212(1)(d) or s. 215(1) of the Act, which provide for tax payable by non-residents on royalties or similar payments for the right to use any patent or trademark in Canada and for withholding tax on behalf of the non-resident. There is no evidence that Glaxo Canada withheld any amounts of the prices it paid to Adechsa in respect of royalties for the use or the right to use the ranitidine patent or Zantac trademark.

[57] Although I said above that the purchase price appeared to be linked to some of the rights and benefits conferred under the Licence Agreement, I make no determination in these reasons as to whether the rights under the ranitidine patent granted to Glaxo Canada to manufacture and sell Zantac and the exclusive right to use the Zantac trademark are linked to the purchase price paid by Glaxo Canada to Adechsa. However, arguably, if the purchase price includes compensation for intellectual property rights granted to Glaxo Canada,

GROUPE ou à une entreprise associée, les parties conviennent expressément qu'aucune redevance n'est payable par GLAXO CANADA au titre de l'importation de ces matières ou Produit et que des redevances ne sont payables que sur les ventes nettes par GLAXO CANADA du Produit sur le territoire;

- (iii) GLAXO CANADA n'est pas tenue de payer quelque redevance ou droit de licence que ce soit comme condition de la vente à GLAXO CANADA, par le GROUPE ou par ses entreprises associées, d'une marchandise à exporter sur le territoire, et le prix de cette marchandise doit être établi conformément à un accord distinct conclu par les parties indépendamment des redevances payables au titre des présentes [ainsi qu'il est prévu au paragraphe 7(1)];
- (iv) des redevances ne sont payables par GLAXO CANADA que sur ses ventes de Produits et non au titre de la fabrication ou de l'utilisation par elle des Produits; [Texte entre crochets dans l'original.]

[56] Dans ses actes de procédure devant la Cour de l'impôt, Glaxo Canada n'a invoqué ni l'al. 212(1)d) ni le par. 215(1) de la Loi, lesquels prévoient, dans le premier cas, l'impôt payable par les non-résidents sur les redevances ou paiements semblables qui leur sont faits en vue d'obtenir le droit d'utiliser un brevet ou une marque de commerce au Canada, et, dans le second cas, les retenues fiscales qui doivent être faites au nom des non-résidents. Il n'y a aucune preuve indiquant que Glaxo Canada a retenu, sur les paiements effectués à Adechsa au titre des prix d'achat, quelque somme que ce soit à l'égard de redevances versées en vue d'utiliser, ou d'obtenir le droit d'utiliser, le brevet relatif à la ranitidine ou la marque de commerce Zantac.

[57] Bien que j'aie dit précédemment qu'il semble exister un lien entre le prix d'achat et certains des droits et avantages conférés par le contrat de licence, je ne me prononce pas dans les présents motifs sur la question de savoir si les droits découlant du brevet relatif à la ranitidine qui sont concédés à Glaxo Canada pour l'autoriser à fabriquer et à vendre du Zantac, ainsi que le droit exclusif d'utiliser la marque de commerce Zantac, sont liés ou non au prix d'achat payé par Glaxo Canada à Adechsa. Il est cependant permis de soutenir que, si ce prix

there would have to be consistency between that and Glaxo Canada's position with respect to Part XIII withholding tax. This issue was not specifically argued in this Court and may be addressed by the parties in the Tax Court and considered by the Tax Court judge when considering whether any specific rights and benefits conferred on Glaxo Canada under the Licence Agreement are linked to the price for ranitidine paid to Adechsa.

[58] In any event, there are rights and benefits under the Licence Agreement referred to in para. 7 above, other than the patent and trademark rights granted to Glaxo Canada. For example, guaranteed access to new products, the right to the supply of raw materials and materials in bulk, marketing support, and technical assistance for setting up new product lines all appear to have some value.

[59] In addition, while, as Rip A.C.J. found, Glaxo Canada's ranitidine and generic ranitidine are chemically equivalent and bio-equivalent, he also found that there was value in the fact that Adechsa's ranitidine manufactured under Glaxo Group's "good manufacturing practices" "may confer a certain degree of comfort that the good has minimal impurities and is manufactured in a responsible manner" (para. 118). Zantac is priced higher than the generic products, presumably, at least in part, because of that "degree of comfort" that Rip A.C.J. acknowledged.

[60] These are all features of the Licence Agreement and the requirement to purchase from a Glaxo-approved source that add value to the ranitidine that Glaxo Canada purchased from Adechsa over and above the value of generic ranitidine without these rights and benefits. They should justify some recognition in determining what an arm's length purchaser would be prepared to pay for the

d'achat comprend une contrepartie pour les droits accordés à Glaxo Canada en matière de propriété intellectuelle, il faudrait alors que la position de cette dernière à l'égard de la retenue fiscale prévue à la partie XIII soit compatible avec une telle conclusion. Cette question n'a pas été explicitement débattue devant notre Cour. Elle pourra l'être par les parties devant la Cour de l'impôt, et le juge de cette cour pourra en tenir compte lorsqu'il déterminera si certains droits et avantages précis conférés à Glaxo Canada aux termes du contrat de licence sont liés au prix payé à Adechsa pour la ranitidine.

[58] Quoi qu'il en soit, les droits et les avantages conférés par le contrat de licence dont il est question au par. 7 des présents motifs ne se limitent pas aux droits accordés à Glaxo Canada par le brevet et la marque de commerce. Par exemple, il semble que l'accès garanti à de nouveaux produits, le droit d'être approvisionnée en matières premières et produits en vrac, l'appui à la commercialisation et l'assistance technique pour établir de nouvelles gammes de produits revêtent tous une certaine valeur.

[59] En outre, bien que, comme a conclu le juge en chef adjoint Rip, la ranitidine générique est chimiquement équivalente et bioéquivalente à la ranitidine de Glaxo Canada, il a également reconnu une certaine valeur au fait que la ranitidine d'Adechsa fabriquée conformément aux « bonnes pratiques de fabrication » du groupe Glaxo était susceptible de « conférer un certain degré d'assurance en ce qui concerne le fait que la marchandise renferme fort peu d'impuretés et qu'elle est fabriquée d'une façon responsable » (par. 118). On peut supposer que le prix plus élevé du Zantac par rapport à celui des produits génériques s'explique, en partie du moins, par ce « degré d'assurance » mentionné par le juge en chef adjoint Rip.

[60] Ces diverses caractéristiques du contrat de licence et de l'obligation d'acheter de sources approuvées par Glaxo sont autant d'aspects qui ajoutent à la valeur de la ranitidine achetée par Glaxo Canada à Adechsa par rapport à celle de la ranitidine générique, laquelle n'est pas assortie de tels droits et avantages. Ces caractéristiques devraient se voir accorder une certaine considération dans la



same rights and benefits conveyed with ranitidine purchased from a Glaxo Group source. It is only after identifying the circumstances arising from the Licence Agreement that are linked to the Supply Agreement that arm's length comparisons under any of the OECD methods or other methods may be determined.

[61] I would offer the following additional guidance with respect to the redetermination. First, s. 69(2) uses the term "reasonable amount". This reflects the fact that, to use the words of the 1995 *Guidelines*, "transfer pricing is not an exact science" (para. 1.45). It is doubtful that comparators will be identical in all material respects in almost any case. Therefore, some leeway must be allowed in the determination of the reasonable amount. As long as a transfer price is within what the court determines is a reasonable range, the requirements of the section should be satisfied. If it is not, the court might select a point within a range it considers reasonable in the circumstances based on an average, median, mode, or other appropriate statistical measure, having regard to the evidence that the court found to be relevant. I repeat for emphasis that it is highly unlikely that any comparisons will yield identical circumstances and the Tax Court judge will be required to exercise his best informed judgment in establishing a satisfactory arm's length price.

[62] Second, while assessment of the evidence is a matter for the trial judge, I would observe that the respective roles and functions of Glaxo Canada and the Glaxo Group should be kept in mind. Glaxo Canada engaged in the secondary manufacturing and marketing of Zantac. Glaxo Group is the owner of the intellectual property and provided other rights and benefits to Glaxo Canada. Transfer

détermination du prix qu'un acheteur sans lien de dépendance serait disposé à payer pour obtenir les mêmes droits et avantages et pour se procurer de la ranitidine auprès d'une source approuvée par le groupe Glaxo. C'est uniquement après avoir dégagé les circonstances relatives au contrat de licence qui peuvent être rattachées au contrat de fourniture que des comparaisons au regard de situations de libre concurrence peuvent être effectuées au moyen de l'une ou l'autre des méthodes proposées par l'OCDE, ou de toute autre méthode.

[61] J'aimerais formuler les indications additionnelles suivantes en vue du réexamen de la question. Premièrement, le par. 69(2) emploie les mots « montant raisonnable », expression qui reflète le fait que, pour reprendre les mots mêmes des *Principes* de 1995, « la fixation de prix de transfert n'est pas une science exacte » (par. 1.45). Il y a peu de chances que dans pratiquement tous les cas, les situations comparables retenues soient identiques à tous égards. Il convient donc de laisser place à une certaine latitude dans la détermination du montant raisonnable. Dès lors que le prix de transfert se situe à l'intérieur de ce que le tribunal estime être une fourchette raisonnable, les conditions prévues au par. 69(2) seraient respectées. Dans le cas contraire, le tribunal pourrait retenir, à l'intérieur de cette fourchette, un montant qu'il considère raisonnable dans les circonstances en appliquant une mesure statistique appropriée — par exemple une moyenne, une médiane ou une valeur modale —, eu égard aux éléments de preuve qu'il a jugé pertinents. Je tiens à réitérer que comme il est fort peu probable que, quelle que soit la situation comparable choisie, celle-ci présente des circonstances identiques, le juge de la Cour de l'impôt devra exercer un jugement éclairé pour établir un prix de pleine concurrence satisfaisant.

[62] Deuxièmement, bien que l'appréciation de la preuve relève du juge de première instance, je soulignerai qu'il ne faut pas perdre de vue les fonctions et les rôles respectifs de Glaxo Canada et du groupe Glaxo. La première exerçait des activités de fabrication et de commercialisation secondaires du Zantac. Le second, auquel appartiennent les droits de propriété intellectuelle, accordait d'autres droits

pricing should not result in a misallocation of earnings that fails to take account of these different functions and the resources and risks inherent in each. As discussed above, whether or not compensation for intellectual property rights is justified in this particular case is a matter for determination by the Tax Court judge.

[63] Third, prices between parties dealing at arm's length will be established having regard to the independent interests of each party to the transaction. That means that the interests of Glaxo Group and Glaxo Canada must both be considered. An appropriate determination under the arm's length test of s. 69(2) should reflect these realities.

[64] Fourth, in this case, there is some evidence that indicates that arm's length distributors have found it in their interest to acquire ranitidine from a Glaxo Group supplier, rather than from generic sources. This suggests that higher-than-generic transfer prices are justified and are not necessarily greater than a reasonable amount under s. 69(2).

[65] I would dismiss the appeal, and for the reasons below, dismiss the cross-appeal and remit the matter to Rip A.C.J. (now Chief Justice) for redetermination.

#### VI. Cross-Appeal

[66] Glaxo Canada cross-appeals, arguing that the decision of the Federal Court of Appeal to remit the matter to the Tax Court for redetermination should be overturned. It asks this Court to set aside the reassessment on the basis that it has satisfied its burden as a taxpayer because it has "demolished" the assumptions of the Minister.

et avantages à Glaxo Canada. La détermination du prix de transfert ne devrait pas se traduire par une mauvaise répartition des gains, qui ne tiendrait pas compte de ces différentes fonctions ainsi que des ressources et des risques inhérents à chacune. Comme il a été mentionné précédemment, c'est au juge de la Cour de l'impôt qu'il appartiendra de décider s'il est justifié ou non en l'espèce de reconnaître l'existence d'une contrepartie pour les droits de propriété intellectuelle.

[63] Troisièmement, les prix fixés par des parties n'ayant pas de lien de dépendance seront établis eu égard aux intérêts propres de chacune des parties à l'opération. Il s'ensuit qu'il faut tenir compte à la fois des intérêts du groupe Glaxo et de ceux de Glaxo Canada. Le calcul qui sera effectué conformément au critère de l'absence de lien de dépendance prévu au par. 69(2) devrait refléter ces réalités.

[64] Quatrièmement, il existe en l'espèce certains éléments de preuve tendant à indiquer que des distributeurs sans lien de dépendance ont estimé qu'il était dans leur intérêt de se procurer leur ranitidine auprès de l'un des fournisseurs du groupe Glaxo plutôt que de sources de produits génériques. Ce fait donne à penser que des prix de transfert plus élevés que ceux de produits génériques sont justifiés et ne sont pas forcément supérieurs au montant raisonnable visé au par. 69(2).

[65] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et, pour les motifs qui suivent, de rejeter également le pourvoi incident et de renvoyer l'affaire au juge en chef adjoint Rip (maintenant juge en chef) pour réexamen.

#### VI. Le pourvoi incident

[66] Glaxo Canada a formé un pourvoi incident dans lequel elle soutient que la décision de la Cour d'appel fédérale de renvoyer l'affaire à la Cour de l'impôt pour réexamen devrait être infirmée. Elle demande à notre Cour d'annuler la nouvelle cotisation au motif que, ayant [TRADUCTION] « démolit » les hypothèses du ministre, elle s'est acquittée du fardeau qui lui incombait en tant que contribuable.

[67] The Federal Court of Appeal remitted the matter to the Tax Court on the basis that Glaxo Canada had not discharged its burden of demonstrating that the prices it paid Adechsa for ranitidine were reasonable under s. 69(2):

As a result, I conclude that the Judge erred in law in failing to apply the proper test in determining “the amount that would have been reasonable in the circumstances” if the appellant and Adechsa had been dealing at arm’s length. Counsel for the appellant argued that in the event that we agreed with him that the Judge erred in not considering the License Agreement, we should then determine “the reasonable amount”. In my view, that determination ought to be made by the Judge, who heard the parties for well over forty days, and not by this Court. [para. 82]

The Federal Court of Appeal declined to make such a determination on the basis that it could not properly assess the adequacy of the record on this point and remitted the matter to the Tax Court judge to consider whether a decision can be made on the basis of the existing record or whether additional evidence is necessary.

[68] Glaxo Canada argues that the choice of the generic comparator transactions by the Minister constitutes the basis of the Minister’s assessment. Therefore, the burden on Glaxo Canada was only to demonstrate that the transactions of the generic pharmaceutical companies were not the proper comparator. In Glaxo Canada’s view, such a finding would demolish the basis of the assessment, thus, discharging its burden.

[69] The Minister argues that the basis of the assessment was the determination that the prices Glaxo Canada paid for ranitidine were not reasonable. The selection of the generic comparators was only a means which the Minister had chosen to demonstrate the unreasonableness.

[67] La Cour d’appel fédérale a renvoyé l’affaire à la Cour de l’impôt au motif que Glaxo Canada ne s’était pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer que les prix qu’elle avait payés à Adechsa pour la ranitidine étaient raisonnables au sens du par. 69(2) :

Je conclus donc que le juge a commis une erreur de droit en n’appliquant pas le bon critère pour déterminer « la somme qui aurait été raisonnable dans les circonstances » si l’appelante et Adechsa n’avaient pas eu de lien de dépendance. L’avocat de l’appelante a fait valoir que, pour le cas où nous serions d’accord avec lui pour dire que le juge a commis une erreur en ne tenant pas compte du contrat de licence, nous devrions ensuite déterminer ce qui constitue « la somme raisonnable ». À mon avis, il incombait non pas à nous mais au juge, qui a entendu les parties pendant plus d’une quarantaine de jours, de tirer cette conclusion. [par. 82]

La Cour d’appel fédérale a refusé de procéder à une telle détermination, expliquant qu’elle n’était pas en mesure de dire si le dossier était suffisant à cet égard. Elle a renvoyé l’affaire au juge de la Cour de l’impôt pour qu’il décide si la détermination pouvait être effectuée à la lumière du dossier existant ou si des éléments de preuve supplémentaires étaient nécessaires.

[68] Glaxo Canada prétend que, comme le choix par le ministre d’opérations réalisées par des sociétés pharmaceutiques fabriquant des produits génériques comme situations comparables est à la base de la cotisation qu’il a établie, il lui incombait uniquement de démontrer que ces opérations ne constituaient pas le bon élément de comparaison. De l’avis de Glaxo Canada, si le tribunal conclut en ce sens, elle aura démoli le fondement de la cotisation et se sera ainsi acquittée de son fardeau de preuve.

[69] Le ministre affirme de son côté que le fondement de la cotisation est sa conclusion que les prix payés par Glaxo Canada pour la ranitidine n’étaient pas raisonnables. Sa décision de choisir des fabricants de produits génériques comme élément de comparaison était simplement un moyen qu’il avait retenu pour démontrer le caractère déraisonnable des prix.

[70] The basis of the assessment is found in the assumptions in the Minister's Amended Reply to Glaxo Canada's Amended Notice of Appeal. Assumptions 14p) and r.A) provide:

- p) the Appellant paid Adechsa, with whom it was not dealing at arm's length, a price for ranitidine which was greater than the amount that would have been reasonable in the circumstances if the Appellant and Adechsa had been dealing at arm's length;
- r.A) any amounts paid by the appellant to Adechsa over and above the prices paid by other Canadian pharmaceutical companies (as detailed in Schedule A attached) were not for the supply of ranitidine;

[71] Glaxo Canada argues, in effect, that only assumption 14r.A) constitutes the basis of the assessment and that it has demolished that assumption. The Minister argues that the basis of the assessment is assumption 14p). The text of the assumptions supports the position of the Minister. Here assumption 14p) sets out the statutory basis for the reassessment, placing the reassessment squarely under s. 69(2). The taxpayer's liability is governed by the Act and the Minister's authority to reassess arises from invoking a particular provision or provisions of the Act.

[72] In *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336, Justice L'Heureux-Dubé states that the taxpayer's burden is to "demolish" the exact assumptions made by the Minister but no more" (para. 92 (emphasis deleted)). Here, it is safe to say that assumption 14r.A) by the Minister of the prices paid by Apotex and Novopharm as CUP transactions, without adjustments, was indeed demolished. However, assumption 14p) was not.

[73] Indeed, at the Tax Court, Glaxo Canada sought to establish the reasonableness of the prices it paid, though its evidence and argument were not accepted by the Tax Court judge. In other words,

[70] Le fondement de la cotisation se trouve dans les hypothèses formulées par le ministre dans sa Réponse modifiée à l'Avis d'appel modifié de Glaxo Canada. Voici les hypothèses 14p) et r.A) :

[TRADUCTION]

- p) l'Appelante a payé à Adechsa, avec qui elle avait un lien de dépendance, un prix pour la ranitidine qui était supérieur au montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances si l'Appelante et Adechsa n'avaient eu aucun lien de dépendance;
- r.A) les sommes payées par l'Appelante à Adechsa en sus des prix payés par d'autres sociétés pharmaceutiques canadiennes (ainsi qu'il est précisé à l'annexe A ci-jointe) n'étaient pas versées pour la ranitidine fournie;

[71] Glaxo Canada soutient en fait que l'hypothèse 14r.A) constitue le seul fondement de la cotisation et qu'elle a démolie cette hypothèse. Le ministre affirme pour sa part que l'hypothèse 14p) est le fondement de la cotisation. Le texte des hypothèses étaye la position du ministre. Dans le cas qui nous occupe, l'hypothèse 14p) énonce la disposition législative sur laquelle repose la nouvelle cotisation, qu'elle fait carrément relever du par. 69(2). L'obligation du contribuable est régie par la Loi et le ministre tient son pouvoir d'établir une nouvelle cotisation d'une ou de plusieurs dispositions particulières de celle-ci.

[72] Dans l'arrêt *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336, la juge L'Heureux-Dubé affirme que le fardeau du contribuable « consiste [. . .] à "démolir" les présomptions exactes qu'a utilisées le ministre, mais rien de plus » (par. 92 (soulignements omis)). En l'espèce, on peut sans crainte affirmer que l'hypothèse 14r.A) du ministre selon laquelle les prix payés par Apotex et par Novopharm constituent, sans ajustement, des opérations comparables pour l'application de la méthode du PCML a effectivement été démolie. Par contre, l'hypothèse 14p) ne l'a pas été.

[73] D'ailleurs, devant la Cour de l'impôt, Glaxo Canada a tenté de démontrer le caractère raisonnable des prix qu'elle avait payés, mais le juge de la Cour de l'impôt n'a pas retenu les éléments de

it accepted the burden of demonstrating that the prices it paid were reasonable within the meaning of s. 69(2). Had it been successful in establishing that the prices it paid were reasonable, assumption 14p) as well as 14r.A), would have been demolished.

[74] As it stands, the assumption that the prices paid by Glaxo Canada for ranitidine were greater than the amount that would have been reasonable in the circumstances, had Glaxo Canada and Adechsa been dealing at arm's length, has not been demolished. Therefore, assumption 14p) remains standing.

[75] At the Federal Court of Appeal, Glaxo Canada argued that that court could determine "the reasonable amount". If the Federal Court of Appeal could determine the reasonable amount, I cannot see why it could not remit the matter to the Tax Court for that very determination.

[76] Like the Federal Court of Appeal, I would remit the matter to the Tax Court to be redetermined, having regard to the effect of the Licence Agreement on the prices paid by Glaxo Canada for the supply of ranitidine from Adechsa. The Tax Court judge should consider any new evidence the parties seek to adduce and that he may choose to allow.

## VII. Conclusion

[77] I would dismiss the appeal with costs throughout; dismiss the cross-appeal with costs in this Court and remit the matter to the Tax Court for redetermination.

*Appeal and cross-appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

preuve ni les arguments qu'elle avait présentés. En d'autres termes, Glaxo Canada a accepté qu'il lui incombait de démontrer que les prix qu'elle avait payés étaient raisonnables au sens du par. 69(2). Si elle avait réussi à le faire, l'hypothèse 14p) ainsi que l'hypothèse 14r.A) auraient toutes les deux été démolies.

[74] Pour l'heure, l'hypothèse suivant laquelle les prix que Glaxo Canada a payés pour se procurer de la ranitidine étaient plus élevés que ceux qui auraient été raisonnables dans les circonstances si Adechsa et elle n'avaient pas eu de lien de dépendance entre elles n'a pas été démolie. Par conséquent, l'hypothèse 14p) tient toujours.

[75] Devant la Cour d'appel fédérale, Glaxo Canada a fait valoir que celle-ci pouvait déterminer « le montant raisonnable ». Si la Cour d'appel fédérale pouvait déterminer le montant raisonnable, je ne vois pas pourquoi elle ne pouvait pas renvoyer l'affaire à la Cour de l'impôt pour qu'elle se prononce sur cette question précise.

[76] À l'instar de la Cour d'appel fédérale, je suis d'avis de renvoyer l'affaire à la Cour de l'impôt pour qu'elle réexamine la question en tenant compte de l'incidence du contrat de licence sur les prix payés par Glaxo Canada pour se procurer de la ranitidine auprès d'Adechsa. Le juge de la Cour de l'impôt devrait examiner les nouveaux éléments de preuve que les parties demanderont à lui présenter et qu'il voudra recevoir.

## VII. Conclusion

[77] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours, de rejeter le pourvoi incident avec dépens devant notre Cour et de renvoyer l'affaire à la Cour de l'impôt pour réexamen.

*Pourvoi et pourvoi incident rejetés avec dépens.*

*Procureur de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Richard Cole** *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions,  
Attorney General of Quebec, Criminal  
Lawyers' Association (Ontario),  
Canadian Civil Liberties Association  
and Canadian Association of Counsel to  
Employers** *Interveners*

INDEXED AS: **R. v. COLE**

**2012 SCC 53**

File No.: 34268.

2012: May 15; 2012: October 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Information contained on computer — Pornographic pictures of child found on employer-issued work computer — Whether accused had reasonable expectation of privacy in employer-issued work computer — Whether warrantless search and seizure of laptop computer and disc containing Internet files breached accused's rights under s. 8 of Charter — If so, whether evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of Charter.*

The accused, a high-school teacher, was charged with possession of child pornography and unauthorized use of a computer. He was permitted to use his work-issued laptop computer for incidental personal purposes which he did. While performing maintenance activities, a technician found on the accused's laptop a hidden folder containing nude and partially nude photographs of an underage female student. The technician notified the principal, and copied the photographs to a compact disc. The principal seized the laptop, and school board

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Richard Cole** *Intimé*

et

**Directeur des poursuites pénales,  
procureur général du Québec, Criminal  
Lawyers' Association (Ontario),  
Association canadienne des libertés civiles  
et Canadian Association of Counsel to  
Employers** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. COLE**

**2012 CSC 53**

N° du greffe : 34268.

2012 : 15 mai; 2012 : 19 octobre.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Informations contenues dans un ordinateur — Photographies pornographiques d'un enfant trouvées dans un ordinateur fourni par l'employeur — L'accusé avait-il des attentes raisonnables en matière de vie privée à l'égard d'un ordinateur de travail fourni par l'employeur? — La fouille et la saisie sans mandat d'un ordinateur portatif et d'un disque contenant des fichiers Internet ont-elles porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la Charte? — Le cas échéant, les éléments de preuve doivent-ils être exclus en application de l'art. 24(2) de la Charte?*

L'accusé, un enseignant dans une école secondaire, a été accusé de possession de pornographie juvénile et d'utilisation non autorisée d'un ordinateur. Il était autorisé à utiliser accessoirement l'ordinateur portatif fourni pour son travail à des fins personnelles, ce qu'il a fait. Un technicien qui effectuait des travaux de maintenance a trouvé dans l'ordinateur portatif de M. Cole un dossier caché contenant des photographies d'une élève d'âge mineur nue et partiellement nue. Le technicien en a informé le directeur de l'école et a copié les photographies

technicians copied the temporary Internet files onto a second disc. The laptop and both discs were handed over to the police, who without a warrant reviewed their contents and then created a mirror image of the hard drive for forensic purposes. The trial judge excluded all of the computer material pursuant to ss. 8 and 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The summary conviction appeal court reversed the decision, finding that there was no s. 8 breach. The Court of Appeal for Ontario set aside that decision and excluded the disc containing the temporary Internet files, the laptop and the mirror image of its hard drive. The disc containing the photographs of the student was found to be legally obtained and therefore admissible. As the trial judge had wrongly excluded this evidence, the Court of Appeal ordered a new trial.

*Held* (Abella J. dissenting): The appeal should be allowed. The exclusionary order of the Court of Appeal is set aside and the order of a new trial is affirmed.

*Per* McLachlin C.J., and LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell and Moldaver JJ.: Computers that are reasonably used for personal purposes — whether found in the workplace or the home — contain information that is meaningful, intimate, and touching on the user's biographical core. Canadians may therefore reasonably expect privacy in the information contained on these computers, at least where personal use is permitted or reasonably expected. Ownership of property is a relevant consideration, but is not determinative. Workplace policies are also not determinative of a person's reasonable expectation of privacy. Whatever the policies state, one must consider the totality of the circumstances in order to determine whether privacy is a reasonable expectation in the particular situation. While workplace policies and practices may diminish an individual's expectation of privacy in a work computer, these sorts of operational realities do not in themselves remove the expectation entirely. A reasonable though diminished expectation of privacy is nonetheless a reasonable expectation of privacy, protected by s. 8 of the *Charter*. Accordingly, it is subject to state intrusion only under the authority of a reasonable law.

sur un disque compact. Le directeur a saisi l'ordinateur portable, et les techniciens du conseil scolaire ont copié les fichiers Internet temporaires sur un second disque. L'ordinateur portable et les deux disques ont été remis à la police qui, sans avoir obtenu un mandat, a examiné leur contenu et a ensuite créé une image miroir du disque dur pour expertise judiciaire. Le juge du procès a exclu tout le matériel informatique en vertu de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La cour d'appel en matière de poursuites sommaires a infirmé la décision du juge du procès et conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 8. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé cette décision et a exclu de la preuve le disque comportant les fichiers Internet temporaires, l'ordinateur portable et l'image miroir de son disque dur. Elle a conclu que le disque contenant les photographies de l'élève avait été obtenu légalement et qu'il était donc admissible. Étant donné que le juge du procès avait écarté à tort cet élément de preuve, la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Arrêt* (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance d'exclusion prononcée par la Cour d'appel est annulée et l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès est confirmée.

*La* juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell et Moldaver : Les ordinateurs utilisés d'une manière raisonnable à des fins personnelles — qu'ils se trouvent au travail ou à la maison — contiennent des renseignements qui sont significatifs, intimes et qui ont trait à l'ensemble des renseignements biographiques de l'utilisateur. Les Canadiens peuvent donc raisonnablement s'attendre à la protection de leur vie privée à l'égard des renseignements contenus dans ces ordinateurs, du moins lorsque leur utilisation à des fins personnelles est permise ou raisonnablement prévue. La propriété d'un bien est une considération pertinente mais elle n'est pas déterminante. Les politiques de l'employeur ne sont pas, elles non plus, déterminantes quant à l'attente raisonnable d'une personne en matière de respect de sa vie privée. Quoique prescrivent les politiques, il faut examiner l'ensemble des circonstances afin de déterminer si le respect de la vie privée constitue une attente raisonnable dans ce contexte particulier. Bien que les politiques et les pratiques en vigueur dans le milieu de travail puissent réduire l'attente du particulier en matière de respect de sa vie privée à l'égard d'un ordinateur de travail, les réalités opérationnelles de ce genre ne font pas à elles seules disparaître complètement l'attente. Une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, quoique réduite, n'en demeure pas moins une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée protégée par l'art. 8 de la *Charte*. Par conséquent, elle ne peut faire l'objet de l'ingérence de l'État qu'en vertu d'une loi raisonnable.

The police in this case infringed the accused's rights under s. 8 of the *Charter*. The accused's personal use of his work-issued laptop generated information that is meaningful, intimate, and organically connected to his biographical core. Pulling in the other direction are the ownership of the laptop by the school board, the workplace policies and practices, and the technology in place at the school. These considerations diminished the accused's privacy interest in his laptop, at least in comparison to a personal computer, but they did not eliminate it entirely. On balance, the totality of the circumstances support the objective reasonableness of the accused's subjective expectation of privacy. While the principal had a statutory duty to maintain a safe school environment, and, by necessary implication, a reasonable power to seize and search a school-board issued laptop, the lawful authority of the accused's employer to seize and search the laptop did not furnish the police with the same power. Furthermore, a third party cannot validly consent to a search or otherwise waive a constitutional protection on behalf of another. The school board was legally entitled to inform the police of its discovery of contraband on the laptop. This would doubtless have permitted the police to obtain a warrant to search the computer for the contraband. But receipt of the computer from the school board did not afford the police warrantless access to the personal information contained within it. This information remained subject, at all relevant times, to the accused's reasonable and subsisting expectation of privacy.

Unconstitutionally obtained evidence should be excluded under s. 24(2) if, considering all of the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute. The conduct of the police officer in this case was not an egregious breach of the *Charter*. While the police officer did attach great importance to the school board's ownership of the laptop, he did not do so to the exclusion of other considerations. The officer sincerely, though erroneously, considered the accused's *Charter* interests. Further, the officer had reasonable and probable grounds to obtain a warrant. Had he complied with the applicable constitutional requirements, the evidence would necessarily have been discovered. Finally, the evidence is highly reliable and probative physical evidence. The exclusion of the material would have a marked negative impact on

En l'espèce, la police a porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte*. L'utilisation à des fins personnelles, par l'accusé, de l'ordinateur portable fourni pour son travail engendrait des renseignements qui sont significatifs, intimes et reliés organiquement à l'ensemble de ses renseignements biographiques. À l'opposé, on trouve le droit de propriété sur l'ordinateur portable détenu par le conseil scolaire, les politiques et les pratiques en vigueur dans le milieu de travail, ainsi que la technologie en place à l'école. Ces considérations réduisaient le droit de l'accusé au respect de sa vie privée à l'égard de son ordinateur portable, du moins par comparaison avec un ordinateur personnel, mais elles ne l'éliminaient pas complètement. Tout compte fait, l'ensemble des circonstances étaient le caractère raisonnable, sur le plan objectif, de l'attente subjective de l'accusé en matière de respect de sa vie privée. Même si le directeur avait l'obligation légale de maintenir un milieu d'apprentissage sécuritaire et, par voie de conséquence logique, le pouvoir raisonnable de saisir et de fouiller un ordinateur portable fourni par le conseil scolaire, le pouvoir légitime de l'employeur de l'accusé de saisir et de fouiller l'ordinateur portable ne conférait pas à la police le même pouvoir. En outre, un tiers ne peut donner un consentement valide à une fouille ou autrement renoncer à une garantie constitutionnelle pour le compte d'une autre personne. Le conseil scolaire avait légalement le droit d'informer la police de sa découverte de documents illicites dans l'ordinateur portable. Cela aurait sans aucun doute permis à la police d'obtenir un mandat pour fouiller l'ordinateur afin d'y trouver les documents illicites. Cependant, la remise de l'ordinateur par le conseil scolaire ne permettait pas à la police d'accéder sans mandat aux renseignements personnels qu'il renfermait. Ces renseignements restaient assujettis, à tous les moments considérés, à l'attente raisonnable et durable de l'accusé en matière de respect de sa vie privée.

Les éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement devraient être écartés conformément au par. 24(2) si, eu égard à toutes les circonstances, leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La conduite du policier en l'espèce ne constituait pas une violation tout à fait inacceptable de la *Charte*. Bien que le policier ait accordé beaucoup d'importance au fait que l'ordinateur portable appartenait au conseil scolaire, il n'a pas pour autant exclu d'autres considérations. Le policier a sincèrement, bien qu'erronément, pris en considération les droits garantis par la *Charte* à l'accusé. Qui plus est, le policier avait les motifs raisonnables et probables requis pour obtenir un mandat. S'il s'était conformé aux exigences constitutionnelles applicables, la preuve aurait forcément été découverte. Enfin, les éléments de preuve constituent une



the truth-seeking function of the criminal trial process. The admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute and therefore the evidence should not be excluded.

Generally speaking, the decision to exclude evidence under s. 24(2) should be final. In very limited circumstances however, a material change of circumstances may justify a trial judge to revisit an exclusionary order. In this case, the Court of Appeal invited the trial judge to re-assess the admissibility of the temporary Internet files disc if the evidence becomes important to the truth-seeking function as the trial unfolds. Unconstitutionally obtained evidence, once excluded, will not become admissible simply because the Crown cannot otherwise satisfy its burden to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

*Per Abella J. (dissenting):* While it is agreed that there has been a *Charter* breach, the evidence in this case should be excluded under s. 24(2). The *Charter*-infringing conduct in this case was serious in its disregard for central and well-established *Charter* standards. The police officer had years of experience in investigating cyber-crime and was expected to follow established *Charter* jurisprudence. Further, the police officer's exclusive reliance on ownership to determine whether a warrant was required, was unreasonable and contradicted a finding of good faith for the purposes of s. 24(2). There were also no exigent circumstances or other legitimate reasons preventing the police from getting a warrant. The decision not to get a warrant mandates in favour of exclusion.

The impact of the breach on the accused's *Charter*-protected interests, even assuming that his reasonable expectation of privacy was reduced because it was a workplace computer, was significant given the extent of the intrusion into his privacy. The warrantless search and seizure in this case included the entire contents of the accused's computer. It had no restrictions as to scope. The extent of the search of the accused's hard drive and browsing history was significant and weighs in favour of exclusion.

preuve matérielle probante et très fiable. L'exclusion du matériel aurait une incidence négative marquée sur la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel. L'utilisation de la preuve ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et par conséquent, la preuve ne devrait pas être exclue.

En règle générale, la décision d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) devrait être définitive. Cependant, dans des circonstances très limitées, des changements notables dans les circonstances peuvent justifier que le juge du procès réexamine une ordonnance d'exclusion. En l'espèce, la Cour d'appel a invité le juge du procès à réévaluer l'admissibilité du disque comportant les fichiers Internet temporaires si cet élément de preuve devient important pour la fonction de recherche de la vérité au fil du procès. Les éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement, une fois écartés, ne deviendront pas admissibles tout simplement parce que le ministère public ne pourrait autrement s'acquitter du fardeau qui lui incombe de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable.

*La juge Abella (dissidente) :* Bien que nul ne conteste qu'il y a eu violation de la *Charte*, les éléments de preuve en l'espèce devraient être exclus aux termes du par. 24(2). En l'espèce, la conduite attentatoire était grave parce que le policier a fait fi des normes fondamentales et bien établies relatives à la *Charte*. Le policier comptait plusieurs années d'expérience des enquêtes dans le domaine de la cybercriminalité et était censé se conformer à la jurisprudence constitutionnelle établie. De plus, le fait pour le policier de s'en remettre exclusivement au droit de propriété pour déterminer si un mandat était requis était déraisonnable ne saurait être invoqué pour justifier sa bonne foi aux fins du par. 24(2). Il n'y avait pas non plus de situation d'urgence ou d'autres motifs légitimes qui empêchaient la police d'obtenir un mandat. La décision de ne pas obtenir de mandat milite en faveur de l'exclusion.

L'incidence de l'atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé, même si l'on suppose que son attente raisonnable en matière de vie privée était réduite parce qu'il s'agissait d'un ordinateur de travail, était importante vu l'ampleur de l'intrusion dans sa vie privée. La fouille et la saisie sans mandat en l'espèce visaient la totalité du contenu de l'ordinateur de l'accusé. Il n'y avait aucune restriction quant à leur étendue. La portée de la fouille du disque dur de l'accusé et de son historique de navigation était importante, ce qui favorise l'exclusion.

Finally, while the evidence in this case is reliable, its importance to the prosecution's case is at best speculative given that the pornographic photographs themselves were admitted.

Balancing these factors, and in light of the deference owed to trial judges in applying s. 24(2), the evidence should be excluded.

### Cases Cited

By Fish J.

**Applied:** *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; **referred to:** *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *O'Connor v. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987); *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *Quebec (Attorney General) v. Laroche*, 2002 SCC 72, [2002] 3 S.C.R. 708; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757; *R. v. D'Amour* (2002), 166 C.C.C. (3d) 477; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974); *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990); *United States v. Ziegler*, 474 F.3d 1184 (2007); *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *R. v. Underwood*, [1998] 1 S.C.R. 77; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Trask*, [1987] 2 S.C.R. 304.

By Abella J. (dissenting)

*R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163.1(4), 342.1(1).  
*Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, s. 265.

Enfin, bien que les éléments de preuve en l'espèce soient fiables, leur importance pour la poursuite est tout au plus conjecturale étant donné que les photographies pornographiques elles-mêmes ont été admises.

Après avoir soupesé ces facteurs, et compte tenu de la déférence accordée aux juges de première instance en ce qui a trait à l'application du par. 24(2), les éléments de preuve devraient être exclus.

### Jurisprudence

Citée par le juge Fish

**Arrêt appliqué :** *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; **arrêts mentionnés :** *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *O'Connor c. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987); *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *Québec (Procureur général) c. Laroche*, 2002 CSC 72, [2002] 3 R.C.S. 708; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757; *R. c. D'Amour* (2002), 166 C.C.C. (3d) 477; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *United States c. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974); *Illinois c. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990); *United States c. Ziegler*, 474 F.3d 1184 (2007); *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *R. c. Underwood*, [1998] 1 R.C.S. 77; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Trask*, [1987] 2 R.C.S. 304.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(4), 342.1(1).  
*Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 265.

**Authors Cited**

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Winkler C.J.O. and Sharpe and Karakatsanis J.J.A.), 2011 ONCA 218, 105 O.R. (3d) 253, 277 O.A.C. 50, 231 C.R.R. (2d) 76, 269 C.C.C. (3d) 402, 83 C.R. (6th) 1, 2011 CLLC ¶210-018, 90 C.C.E.L. (3d) 1, [2011] O.J. No. 1213 (QL), 2011 CarswellOnt 1766, setting aside a decision of Kane J. (2009), 190 C.R.R. (2d) 130, 2009 CanLII 20699, [2009] O.J. No. 1755 (QL), 2009 CarswellOnt 2251, setting aside a decision of Guay J., 2008 ONCJ 278, 175 C.R.R. (2d) 263, [2008] O.J. No. 2417 (QL), 2008 CarswellOnt 3601. Appeal allowed, Abella J. dissenting.

*Amy Alyea and Frank Au*, for the appellant.

*Frank Addario, Gerald Chan and Nader R. Hasan*, for the respondent.

*Ronald C. Reimer and Monique Dion*, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

*Dominique A. Jobin and Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Jonathan Dawe and Michael Dineen*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Jonathan C. Lisus and Michael Perlin*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Daniel Michaluk and Joseph Cohen-Lyons*, for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell and Moldaver JJ. was delivered by

FISH J. —

I

[1] The Court left no doubt in *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253, that Canadians may

**Doctrine et autres documents cités**

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York : Atheneum, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Winkler et les juges Sharpe et Karakatsanis), 2011 ONCA 218, 105 O.R. (3d) 253, 277 O.A.C. 50, 231 C.R.R. (2d) 76, 269 C.C.C. (3d) 402, 83 C.R. (6th) 1, 2011 CLLC ¶210-018, 90 C.C.E.L. (3d) 1, [2011] O.J. No. 1213 (QL), 2011 CarswellOnt 1766, qui a infirmé une décision du juge Kane (2009), 190 C.R.R. (2d) 130, 2009 CanLII 20699, [2009] O.J. No. 1755 (QL), 2009 CarswellOnt 2251, qui a infirmé une décision du juge Guay, 2008 ONCJ 278, 175 C.R.R. (2d) 263, [2008] O.J. No. 2417 (QL), 2008 CarswellOnt 3601. Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

*Amy Alyea et Frank Au*, pour l'appelante.

*Frank Addario, Gerald Chan et Nader R. Hasan*, pour l'intimé.

*Ronald C. Reimer et Monique Dion*, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales.

*Dominique A. Jobin et Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Jonathan Dawe et Michael Dineen*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Jonathan C. Lisus et Michael Perlin*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Daniel Michaluk et Joseph Cohen-Lyons*, pour l'intervenante Canadian Association of Counsel to Employers.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell et Moldaver rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] Dans l'arrêt *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253, la Cour n'a laissé aucun doute

reasonably expect privacy in the information contained on their own *personal* computers. In my view, the same applies to information on *work* computers, at least where personal use is permitted or reasonably expected.

[2] Computers that are reasonably used for personal purposes — whether found in the workplace or the home — contain information that is meaningful, intimate, and touching on the user's biographical core. *Vis-à-vis* the state, everyone in Canada is constitutionally entitled to expect privacy in personal information of this kind.

[3] While workplace policies and practices may diminish an individual's expectation of privacy in a work computer, these sorts of operational realities do not in themselves remove the expectation entirely: The nature of the information at stake exposes the likes, interests, thoughts, activities, ideas, and searches for information of the individual user.

[4] Such was the case here. Mr. Cole, a high-school teacher, was permitted to use his work-issued laptop computer for incidental personal purposes. He did. He browsed the Internet and stored personal information on his hard drive.

[5] While performing maintenance activities, a technician found on Mr. Cole's laptop a hidden folder containing nude and partially nude photographs of a female student. He notified the principal, and, under the latter's discretion, copied the photographs to a compact disc or CD. The principal seized the laptop, and school board technicians copied the temporary Internet files onto a second CD. The laptop and both CDs were handed over to the police, who without a warrant reviewed their contents and then created a mirror image of the hard drive for forensic purposes.

que les Canadiens peuvent raisonnablement s'attendre à la protection de leur vie privée à l'égard des renseignements contenus dans leurs propres ordinateurs *personnels*. À mon avis, le même principe s'applique aux renseignements contenus dans les ordinateurs de *travail*, du moins lorsque leur utilisation à des fins personnelles est permise ou raisonnablement prévue.

[2] Les ordinateurs qui sont utilisés d'une manière raisonnable à des fins personnelles — qu'ils se trouvent au travail ou à la maison — contiennent des renseignements qui sont significatifs, intimes et qui ont trait à l'ensemble des renseignements biographiques de l'utilisateur. Au Canada, la Constitution accorde à chaque personne le droit de s'attendre à ce que l'État respecte sa vie privée à l'égard des renseignements personnels de ce genre.

[3] Bien que les politiques et les pratiques en vigueur dans le milieu de travail puissent réduire l'attente du particulier en matière de respect de sa vie privée à l'égard d'un ordinateur de travail, les réalités opérationnelles de ce genre ne font pas à elles seules disparaître complètement l'attente : la nature des renseignements en jeu expose les préférences, intérêts, pensées, activités, idées et recherches de renseignements de l'utilisateur individuel.

[4] C'était le cas en l'espèce. M. Cole, un enseignant dans une école secondaire, était autorisé à utiliser accessoirement l'ordinateur portable fourni pour son travail à des fins personnelles. C'est ce qu'il a fait. Il a navigué sur Internet et a stocké des renseignements personnels sur son disque dur.

[5] Alors qu'il effectuait des travaux de maintenance, un technicien a trouvé dans l'ordinateur portable de M. Cole un dossier caché contenant des photographies d'une élève nue et partiellement nue. Il en a informé le directeur de l'école et, avec l'assentiment de ce dernier, a copié les photographies sur un disque compact (CD). Le directeur a saisi l'ordinateur portable, et les techniciens du conseil scolaire ont copié les fichiers Internet temporaires sur un second CD. L'ordinateur portable et les deux CD ont été remis à la police qui, sans avoir obtenu un mandat, a examiné leur contenu et a ensuite créé une image miroir du disque dur pour expertise judiciaire.

[6] Mr. Cole was charged with possession of child pornography and unauthorized use of a computer, contrary to ss. 163.1(4) and 342.1(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, respectively, and prosecuted by way of summary conviction. The trial judge excluded all of the computer material pursuant to ss. 8 and 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Crown offered no further evidence and the charges were therefore dismissed (2008 ONCJ 278, 175 C.R.R. (2d) 263).

[7] The summary conviction appeal court reversed the decision of the trial judge, finding that there was no s. 8 breach ((2009), 190 C.R.R. (2d) 130). The Court of Appeal for Ontario set aside that decision and excluded the disc containing the temporary Internet files, the laptop, and the mirror image of its hard drive (2011 ONCA 218, 105 O.R. (3d) 253).

[8] I agree with the Court of Appeal that the police infringed Mr. Cole's rights under s. 8 of the *Charter*. He expected a measure of privacy in his personal information on the laptop. Even taking into account the relevant workplace policies, this expectation of privacy was reasonable in the circumstances. It was, however, a *diminished expectation of privacy* in comparison with the privacy interest considered in *Morelli* — which, unlike this case, involved a personal computer that belonged to Mr. Morelli and was searched and seized in his home.

[9] A reasonable though diminished expectation of privacy is nonetheless a reasonable expectation of privacy, protected by s. 8 of the *Charter*. Accordingly, it is subject to state intrusion only under the authority of a reasonable law.

[10] The Crown in this case could point to no law authorizing the police to conduct, as they did, a warrantless search of Mr. Cole's work laptop. The

[6] M. Cole a été accusé de possession de pornographie juvénile et d'utilisation non autorisée d'un ordinateur, en contravention des par. 163.1(4) et 342.1(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, respectivement, et a été poursuivi par voie de déclaration sommaire de culpabilité. Le juge du procès a exclu tout le matériel informatique en vertu de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministère public a déclaré sa preuve close et les accusations ont donc été rejetées (2008 ONCJ 278, 175 C.R.R. (2d) 263).

[7] La cour d'appel en matière de poursuites sommaires a infirmé la décision du juge du procès et conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 8 ((2009), 190 C.R.R. (2d) 130). La Cour d'appel de l'Ontario a annulé cette décision et a exclu de la preuve le disque comportant les fichiers Internet, l'ordinateur portable et l'image miroir de son disque dur (2011 ONCA 218, 105 O.R. (3d) 253).

[8] Comme la Cour d'appel, je suis d'avis que la police a porté atteinte aux droits garantis à M. Cole par l'art. 8 de la *Charte*. Ce dernier s'attendait à un certain respect de sa vie privée à l'égard de ses renseignements personnels dans l'ordinateur portable. Même si l'on tient compte des politiques applicables de l'employeur, cette attente en matière de respect de la vie privée était raisonnable dans les circonstances. Cependant, il s'agissait d'une *attente réduite en matière de vie privée* par comparaison avec le droit à la protection de la vie privée examiné dans l'arrêt *Morelli* — dans lequel, contrairement à la présente affaire, il était question d'un ordinateur personnel qui appartenait à M. Morelli et qui a fait l'objet d'une fouille et d'une saisie au domicile de celui-ci.

[9] Une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, quoique réduite, n'en demeure pas moins une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée protégée par l'art. 8 de la *Charte*. Par conséquent, elle ne peut faire l'objet de l'ingérence de l'État qu'en vertu d'une loi raisonnable.

[10] En l'espèce, le ministère public n'a pu invoquer aucune loi autorisant la police à effectuer, comme elle l'a fait, une fouille sans mandat de

lawful authority of his *employer* — a school board — to seize and search the laptop did not furnish the *police* with the same power. And the school board’s “third party consent” to the search was of no legal consequence.

[11] Unlike the Court of Appeal, however, I would not exclude any of the unconstitutionally obtained evidence under s. 24(2).

[12] For these reasons and the reasons that follow, I would allow the appeal and set aside the decision of the Court of Appeal.

## II

[13] The parties agree that Mr. Cole may face a new trial regardless of the outcome of this appeal: If the appeal is allowed, the Crown may proceed to a new trial with the benefit of all of the computer evidence excluded by the trial judge; if the Crown’s appeal is dismissed, the Crown can still return to trial, but only with regard to the disc containing the nude photographs.

[14] As a new trial may thus be had, I shall discuss the facts only to the extent necessary to explain my conclusion.

[15] Mr. Cole, as mentioned earlier, was a high-school teacher. In addition to his regular teaching duties, he was responsible for policing the use by students of their networked laptops. To this end, he was supplied with a laptop owned by the school board and accorded domain administration rights on the school’s network. This permitted him to access the hard drives of the students’ laptops.

[16] The use of Mr. Cole’s work-issued laptop was governed by the school board’s Policy and Procedures Manual, which allowed for incidental personal use of the board’s information technology. The policy stipulated that teachers’ e-mail correspondence remained private, but subject to access

l’ordinateur portatif de travail de M. Cole. Le pouvoir légitime de son *employeur* — un conseil scolaire — de saisir et de fouiller l’ordinateur portatif ne conférait pas à la *police* le même pouvoir. De plus, le « consentement d’un tiers » donné par le conseil scolaire pour la fouille n’avait aucune incidence juridique.

[11] Toutefois, contrairement à la Cour d’appel, je n’écarterais aucun des éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement en vertu du par. 24(2).

[12] Pour les motifs qui précèdent et ceux exposés ci-après, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et d’annuler la décision de la Cour d’appel.

## II

[13] Les parties reconnaissent que M. Cole risque de subir un nouveau procès peu importe l’issue du présent pourvoi : si le pourvoi est accueilli, le ministère public peut intenter un nouveau procès en invoquant tous les éléments de preuve électroniques écartés par le juge du procès; si son pourvoi est rejeté, le ministère public peut tout de même retourner devant le tribunal, mais uniquement en ce qui a trait au disque contenant les photographies de l’élève nue.

[14] Comme la tenue d’un nouveau procès est possible, je ne vais examiner les faits que dans la mesure nécessaire pour expliquer ma conclusion.

[15] Rappelons que M. Cole enseignait dans une école secondaire. Outre ses tâches normales d’enseignant, il était chargé de surveiller l’utilisation par les élèves de leurs ordinateurs portatifs en réseau. Pour ce faire, on lui a fourni un ordinateur portatif appartenant au conseil scolaire et on lui a accordé des droits d’administration du domaine lié au réseau de l’école. Cela lui donnait accès aux disques durs des ordinateurs portatifs des élèves.

[16] L’utilisation de l’ordinateur portatif fourni à M. Cole pour le travail était régie par le Manuel des politiques et procédures du conseil scolaire, lequel autorisait l’utilisation occasionnelle des ressources informatiques du conseil scolaire à des fins personnelles. La politique stipulait que le courrier

by school administrators if specified conditions were met. It did not address privacy in other types of files, but it did state that “all data and messages generated on or handled by board equipment are considered to be the property of [the school board]”.

[17] There is evidence as well that the school’s Acceptable Use Policy — written for and signed by students — applied *mutatis mutandis* to teachers. This policy not only restricted the uses to which the students could put their laptops, but also warned users not to expect privacy in their files.

[18] Mr. Cole was not the only person who could remotely access networked laptops. School board technicians could do so as well. While performing maintenance activities, a school board technician found, on Mr. Cole’s laptop, a hidden folder containing nude and partially nude photographs of an underage female student.

[19] As mentioned earlier, the technician notified the principal, who directed him to copy the photographs to a compact disc. After discussing the matter with school board officials, the principal seized the laptop.

[20] At no time did Mr. Cole disclose his password. But he did ask the principal not to access a folder containing photographs of his wife.

[21] Technicians at the school board eventually gained access to Mr. Cole’s laptop and made a compact disc containing his temporary Internet files, which is said by the Crown to contain pornographic images.

[22] The next day, a police officer attended at the school and at the offices of the school board,

électronique des enseignants demeurait privé, sous réserve de l’accès par les administrateurs scolaires si certaines conditions étaient remplies. Elle ne mentionnait pas le caractère privé d’autres types de fichiers, mais elle indiquait que [TRADUCTION] « l’ensemble des données et messages générés ou traités avec le matériel du conseil scolaire sont considérés comme la propriété du [conseil scolaire] ».

[17] En outre, selon la preuve, la politique d’utilisation acceptable de l’école — rédigée à l’intention des élèves et signée par eux — s’appliquait *mutatis mutandis* aux enseignants. Cette politique restreignait non seulement l’utilisation des ordinateurs portatifs par les élèves, mais mettait également en garde les utilisateurs de ne pas s’attendre au respect de la vie privée à l’égard de leurs fichiers.

[18] M. Cole n’était pas la seule personne qui pouvait accéder à distance aux ordinateurs portatifs en réseau. Les techniciens du conseil scolaire le pouvaient aussi. Alors qu’il effectuait des travaux de maintenance, un technicien du conseil scolaire a trouvé, dans l’ordinateur portatif de M. Cole, un dossier caché contenant des photographies d’une élève d’âge mineur nue et partiellement nue.

[19] J’ai déjà mentionné que le technicien a averti le directeur, qui lui a ordonné de copier les photographies sur un disque compact. Après avoir discuté du problème avec des représentants du conseil scolaire, le directeur a saisi l’ordinateur portatif.

[20] M. Cole n’a jamais divulgué son mot de passe. Cependant, il a demandé au directeur de ne pas accéder à un dossier contenant des photographies de son épouse.

[21] Les techniciens du conseil scolaire ont finalement réussi à accéder à l’ordinateur portatif de M. Cole et ont créé un disque compact contenant ses fichiers Internet temporaires, lesquels, selon le ministère public, comportent des images pornographiques.

[22] Le lendemain, un policier s’est présenté à l’école et aux locaux du conseil scolaire, où il a pris

where he took possession of the laptop and the two CDs: one containing photographs of the student; the other, Mr. Cole's temporary Internet files. The officer reviewed the contents of both discs at the police station, and then sent the laptop away for forensic examination. A mirror image of the hard drive was created for that purpose.

[23] At no time did the officer obtain a warrant to search the laptop's hard drive or either of the compact discs.

### III

[24] Mr. Cole brought a pre-trial motion seeking exclusion of the computer evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The trial judge found that the police had violated Mr. Cole's s. 8 *Charter* rights, and, for that reason, he excluded all of the computer evidence. The summary conviction appeal court granted the Crown's appeal, finding that Mr. Cole had no reasonable expectation of privacy in his work laptop.

[25] Mr. Cole appealed successfully to the Court of Appeal for Ontario. The Court of Appeal held that Mr. Cole had a reasonable expectation of privacy in the informational content of the laptop, but that this expectation was "modified to the extent that [Mr. Cole] knew that his employer's technician could and would access the laptop as part of his role in maintaining the technical integrity of the school's information network" (para. 47).

[26] On this approach, the initial remote access by the technician was not a "search" for the purposes of s. 8. But the examinations by the police, the principal, and the school board (assuming the *Charter* applied to the latter two) *did* engage s. 8.

possession de l'ordinateur portatif et des deux CD : l'un contenant des photographies de l'élève; l'autre, les fichiers Internet temporaires de M. Cole. Au poste de police, le policier a examiné le contenu des deux disques puis a envoyé l'ordinateur portatif pour expertise judiciaire. Une image miroir du disque dur a été créée à cette fin.

[23] À aucun moment le policier n'a obtenu un mandat de perquisition pour le disque dur de l'ordinateur portatif ou l'un ou l'autre des disques compacts.

### III

[24] M. Cole a présenté une requête préliminaire visant à obtenir l'exclusion des éléments de preuve électroniques conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Le juge du procès a conclu que la police avait porté atteinte aux droits garantis à M. Cole par l'art. 8 de la *Charte*, et c'est pourquoi il a écarté tous les éléments de preuve électroniques. La cour d'appel en matière de poursuites sommaires a accueilli l'appel interjeté par le ministère public, estimant que M. Cole ne pouvait s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée relativement à son ordinateur portatif de travail.

[25] M. Cole a eu gain de cause dans son appel interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario. La Cour d'appel a conclu que M. Cole pouvait s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée à l'égard du contenu informationnel de l'ordinateur portatif, mais que cette attente était [TRADUCTION] « modifiée dans la mesure où [M. Cole] savait que le technicien de son employeur pourrait accéder à l'ordinateur portatif, et le ferait, dans le cadre de ses fonctions consistant à maintenir l'intégrité technique du réseau informatique de l'école » (par. 47).

[26] Suivant cette approche, l'accès à distance initial par le technicien ne constituait pas une « fouille » au sens de l'art. 8. Cependant, les examens effectués par la police, le directeur et le conseil scolaire (dans l'hypothèse où la *Charte* s'appliquerait à ces deux derniers) *faisaient* intervenir l'art. 8.



[27] The Court of Appeal concluded that the search and seizure of the laptop by the principal and the school board was authorized by law and reasonable. The disc containing the photographs was thus created without breaching s. 8. And since Mr. Cole had no privacy interest in the photographs themselves, he had no legal basis to attack the search and seizure by the police of the disc to which they had been copied.

[28] The laptop and the disc with Mr. Cole's temporary Internet files, however, involve different considerations. Mr. Cole had a continuing reasonable expectation of privacy in this material, and its seizure by school officials did not endow the police with *their* authority. Nor could the school board consent to the search by the police. As the police had no other lawful authority, the s. 8 breach was established.

[29] The Court of Appeal excluded the laptop and the mirror image of its hard drive pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The court also excluded the disc containing the Internet files, but only provisionally, leaving it "open to the trial judge to reassess the admissibility of this evidence if the evidence becomes important to the truth-seeking function as the trial unfolds" (para. 92).

[30] The disc containing the photographs of the student was legally obtained and therefore admissible. As the trial judge had wrongly excluded this evidence, the Court of Appeal ordered a new trial.

[31] The Crown appeals from the order excluding the laptop, its mirror image, and the Internet files disc. Mr. Cole does not challenge the admission, under ss. 8 and 24(2) of the *Charter*, of the disc containing the photographs, or the order of a new trial.

[27] La Cour d'appel a conclu que la fouille et la saisie de l'ordinateur portable par le directeur et le conseil scolaire étaient autorisées par la loi et raisonnables. Le disque contenant les photographies a donc été créé sans violer l'art. 8. De plus, comme M. Cole ne jouissait d'aucun droit en matière de vie privée à l'égard des photographies elles-mêmes, il n'était pas fondé en droit de contester la fouille et la saisie effectuées par la police du disque sur lequel elles avaient été copiées.

[28] Toutefois, l'ordinateur portable et le disque comportant les fichiers Internet temporaires de M. Cole font intervenir des considérations différentes. M. Cole conservait une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée à l'égard de ce matériel, et sa saisie par les autorités scolaires ne conférait pas *leur* pouvoir à la police. Le conseil scolaire ne pouvait pas non plus consentir à la fouille par la police. Comme la police n'avait pas d'autre pouvoir légitime, la violation de l'art. 8 a été établie.

[29] La Cour d'appel a exclu l'ordinateur portable et l'image miroir de son disque dur conformément au par. 24(2) de la *Charte*. La cour a également exclu le disque contenant les fichiers Internet, mais seulement à titre provisoire, laissant au [TRADUCTION] « juge du procès la possibilité de réévaluer l'admissibilité de cet élément de preuve si cet élément de preuve devient important pour la fonction de recherche de la vérité au fil du procès » (par. 92).

[30] Le disque contenant les photographies de l'élève a été obtenu légalement et est donc admissible. Étant donné que le juge du procès avait écarté à tort cet élément de preuve, la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[31] Le ministère public se pourvoit contre l'ordonnance d'exclusion visant l'ordinateur portable, son image miroir et le disque comportant les fichiers Internet. M. Cole ne conteste pas l'admission, en vertu de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte*, du disque contenant les photographies, ni l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès.

[32] This appeal thus raises three issues: (1) whether the Court of Appeal erred in concluding that Mr. Cole had a reasonable expectation of privacy in his employer-issued work computer; (2) whether the Court of Appeal erred in concluding that the search and seizure by the police of the laptop and the disc containing the Internet files was unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*; and (3) whether the Court of Appeal erred in excluding the evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

[33] I would answer the first two questions in the negative, but not the third.

#### IV

[34] Section 8 of the *Charter* guarantees the right of everyone in Canada to be secure against unreasonable search or seizure. An inspection is a search, and a taking is a seizure, where a person has a reasonable privacy interest in the object or subject matter of the state action and the information to which it gives access (*R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 18; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 11; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145, at p. 160).

[35] Privacy is a matter of reasonable expectations. An expectation of privacy will attract *Charter* protection if reasonable and informed people in the position of the accused would expect privacy (*R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at paras. 14-15).

[36] If the claimant has a reasonable expectation of privacy, s. 8 is engaged, and the court must then determine whether the search or seizure was reasonable.

[37] Where, as here, a search is carried out without a warrant, it is presumptively unreasonable (*R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851, at para.

[32] Le présent pourvoi soulève donc trois questions : (1) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que M. Cole pouvait s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée à l'égard de l'ordinateur que son employeur lui a fourni pour le travail? (2) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la fouille et la saisie par la police de l'ordinateur portatif et du disque contenant les fichiers Internet étaient abusives au sens de l'art. 8 de la *Charte*? (3) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en écartant les éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

[33] À mon avis, il convient de répondre par la négative aux deux premières questions, mais non à la troisième.

#### IV

[34] L'article 8 de la *Charte* garantit que chacun au Canada a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Une inspection constitue une fouille ou perquisition, et un prélèvement constitue une saisie, lorsqu'une personne a des attentes raisonnables en matière de vie privée relativement à l'objet de l'action de l'État et aux renseignements auxquelles cet objet donne accès (*R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 18; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 11; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145, p. 160).

[35] La protection de la vie privée est une question d'attentes raisonnables. L'attente en matière de respect de la vie privée bénéficie de la protection de la *Charte* si une personne raisonnable et bien informée, placée dans la même situation que l'accusé, aurait des attentes en matière de respect de sa vie privée (*R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 14-15).

[36] Si le demandeur peut s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée, l'art. 8 entre en jeu, et le tribunal doit alors déterminer si la fouille, la perquisition ou la saisie était raisonnable.

[37] Lorsque, comme en l'espèce, une fouille ou perquisition est effectuée sans mandat, elle est présumée abusive (*R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1

21; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 161). To establish reasonableness, the Crown must prove on the balance of probabilities (1) that the search was authorized by law, (2) that the authorizing law was itself reasonable, and (3) that the authority to conduct the search was exercised in a reasonable manner (*Nolet*, at para. 21; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278).

[38] Before applying this analytical framework here, I pause to explain why it is unnecessary on this appeal to decide whether the *Charter* applies to school officials. The Crown conceded in the courts below that it does. Like the Court of Appeal, I shall proceed on that assumption, as did Cory J. in *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, at paras. 24-25.

#### V

[39] Whether Mr. Cole had a reasonable expectation of privacy depends on the “totality of the circumstances” (*R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45).

[40] The “totality of the circumstances” test is one of substance, not of form. Four lines of inquiry guide the application of the test: (1) an examination of the subject matter of the alleged search; (2) a determination as to whether the claimant had a direct interest in the subject matter; (3) an inquiry into whether the claimant had a subjective expectation of privacy in the subject matter; and (4) an assessment as to whether this subjective expectation of privacy was objectively reasonable, having regard to the totality of the circumstances (*Tessling*, at para. 32; *Patrick*, at para. 27). I will discuss each in turn.

[41] In this case, the subject matter of the alleged search is the data, or *informational content* of the laptop’s hard drive, its mirror image, and the Internet files disc — not the devices themselves.

R.C.S. 851, par. 21; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 161). Afin d’établir son caractère raisonnable, le ministère public doit prouver, selon la prépondérance des probabilités (1) que la fouille était autorisée par la loi, (2) que la loi l’autorisant n’avait elle-même rien d’abusif et (3) que le pouvoir d’effectuer la fouille n’a pas été exercé d’une manière abusive (*Nolet*, par. 21; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278).

[38] Avant d’appliquer ce cadre analytique en l’espèce, j’ouvre une parenthèse pour expliquer pourquoi il est inutile de déterminer, dans le cadre du présent pourvoi, si la *Charte* s’applique aux autorités scolaires. Devant les tribunaux d’instance inférieure, le ministère public a admis qu’elle s’applique. À l’instar de la Cour d’appel, je partirai de cette hypothèse, comme l’a fait le juge Cory dans l’arrêt *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, par. 24-25.

#### V

[39] La question de savoir si M. Cole avait une attente raisonnable en matière de vie privée dépend de « l’ensemble des circonstances » (*R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45).

[40] Le critère de « l’ensemble des circonstances » s’intéresse au fond et non à la forme. Quatre questions guident l’application du critère : (1) l’examen de l’objet de la prétendue fouille; (2) la question de savoir si le demandeur possédait un droit direct à l’égard de l’objet; (3) la question de savoir si le demandeur avait une attente subjective en matière de respect de sa vie privée relativement à l’objet; (4) la question de savoir si cette attente subjective en matière de respect de la vie privée était objectivement raisonnable, eu égard à l’ensemble des circonstances (*Tessling*, par. 32; *Patrick*, par. 27). Je me pencherai sur chaque question à tour de rôle.

[41] En l’espèce, ce sont les données, ou le *contenu informationnel* du disque dur de l’ordinateur portable, son image miroir et le disque comportant les fichiers Internet qui constituent l’objet de la prétendue fouille — non pas le matériel informatique lui-même.

[42] Our concern is thus with *informational privacy*: “[T]he claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others” (*Tessling*, at para. 23, quoting A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7).

[43] Mr. Cole’s direct interest and subjective expectation of privacy in the informational content of his computer can readily be inferred from his use of the laptop to browse the Internet and to store personal information on the hard drive.

[44] The remaining question is whether Mr. Cole’s subjective expectation of privacy was objectively reasonable.

[45] There is no definitive list of factors that must be considered in answering this question, though some guidance may be derived from the relevant case law. As Sopinka J. explained in *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293:

In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual.

[46] The closer the subject matter of the alleged search lies to the biographical core of personal information, the more this factor will favour a reasonable expectation of privacy. Put another way, the more personal and confidential the information, the more willing reasonable and informed Canadians will be to recognize the existence of a constitutionally protected privacy interest.

[47] Computers that are used for personal purposes, regardless of where they are found or to whom they belong, “contain the details of our financial,

[42] Ce qui nous intéresse est donc *le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels* : « le droit revendiqué par des particuliers, des groupes ou des institutions de déterminer eux-mêmes le moment, la manière et la mesure dans lesquels des renseignements les concernant sont communiqués » (*Tessling*, par. 23, citant A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7).

[43] Le droit direct et l’attente subjective en matière de respect de la vie privée que possédait M. Cole à l’égard du contenu informationnel de son ordinateur portable peuvent aisément être déduits de l’utilisation qu’il en fait pour naviguer sur Internet et pour stocker des renseignements personnels sur le disque dur.

[44] Il reste à déterminer si l’attente subjective de M. Cole en matière de respect de sa vie privée était objectivement raisonnable.

[45] Il n’existe pas de liste définitive des facteurs à examiner pour répondre à cette question, bien que l’on puisse trouver quelques indications dans la jurisprudence pertinente. Comme l’a expliqué le juge Sopinka dans l’arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293 :

Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d’intégrité et d’autonomie qu’il consacre, il est normal que l’art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l’État. Il pourrait notamment s’agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l’individu.

[46] Plus l’objet de la prétendue fouille se trouve près de l’ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel, plus ce facteur favorisera une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Autrement dit, plus les renseignements sont personnels et confidentiels, plus les Canadiens raisonnables et bien informés seront disposés à reconnaître l’existence d’un droit au respect de la vie privée garanti par la Constitution.

[47] Les ordinateurs qui sont utilisés à des fins personnelles, indépendamment de l’endroit où ils se trouvent ou de la personne à qui ils appartiennent,

medical, and personal situations” (*Morelli*, at para. 105). This is particularly the case where, as here, the computer is used to browse the Web. Internet-connected devices “reveal our specific interests, likes, and propensities, recording in the browsing history and cache files the information we seek out and read, watch, or listen to on the Internet” (*ibid.*).

[48] This sort of private information falls at the very heart of the “biographical core” protected by s. 8 of the *Charter*.

[49] Like *Morelli*, this case involves highly revealing and meaningful information about an individual’s personal life — a factor strongly indicative of a reasonable expectation of privacy. Unlike in *Morelli*, however, this case involves a *work-issued* laptop and not a personal computer found in a private residence.

[50] The Policy and Procedures Manual of the school board asserted ownership over not only the hardware, but also the data stored on it: “Information technology systems and all data and messages generated on or handled by board equipment are considered to be the property of [the board], and are not the property of users of the information technology”.

[51] While the ownership of property is a relevant consideration, it is not determinative (*R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 22). Nor should it carry undue weight within the contextual analysis. As Dickson J. (later C.J.) noted in *Hunter*, at p. 158, there is “nothing in the language of [s. 8] to restrict it to the protection of property or to associate it with the law of trespass”.

[52] The *context* in which personal information is placed on an employer-owned computer is nonetheless significant. The policies, practices, and

« renferment les détails de notre situation financière, médicale et personnelle » (*Morelli*, par. 105). Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l’espèce, l’ordinateur sert à naviguer sur le Web. Les appareils connectés à Internet « révèlent [. . .] nos intérêts particuliers, préférences et propensions, enregistrant dans l’historique et la mémoire cache tout ce que nous recherchons, lisons, regardons ou écoutons dans l’Internet » (*ibid.*).

[48] Les renseignements personnels de ce genre se situent au cœur même de l’« ensemble de renseignements biographiques » protégés par l’art. 8 de la *Charte*.

[49] Tout comme l’affaire *Morelli*, la présente affaire porte sur des renseignements fort révélateurs et significatifs concernant la vie personnelle d’un particulier — un facteur indiquant clairement une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Toutefois, contrairement à l’arrêt *Morelli*, la présente affaire concerne un ordinateur portatif *fourni pour le travail* et non un ordinateur personnel trouvé dans une résidence privée.

[50] Le Manuel des politiques et procédures du conseil scolaire affirmait non seulement la propriété du matériel informatique, mais également des données stockées sur celui-ci : [TRADUCTION] « Les systèmes informatiques et l’ensemble des données et messages générés ou traités avec le matériel du conseil scolaire sont considérés comme la propriété du [conseil scolaire], et ne sont pas la propriété des utilisateurs des ressources informatiques ».

[51] Bien que la propriété des biens soit une considération pertinente, elle n’est pas déterminante (*R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 22). Elle ne devrait pas non plus se voir accorder une importance excessive dans le cadre de l’analyse contextuelle. Comme l’a souligné le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Hunter*, p. 158, « le texte de l’article [8] ne le limite aucunement à la protection des biens ni ne l’associe au droit applicable en matière d’intrusion ».

[52] Le *contexte* dans lequel des renseignements personnels sont stockés dans un ordinateur appartenant à l’employeur a néanmoins de l’importance. Les

customs of the workplace are relevant to the extent that they concern the use of computers by employees. These “operational realities” may diminish the expectation of privacy that reasonable employees might otherwise have in their personal information (*O’Connor v. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987), at p. 717, *per O’Connor J.*).

[53] Even as modified by practice, however, written policies are not determinative of a person’s reasonable expectation of privacy. Whatever the policies state, one must consider the *totality* of the circumstances in order to determine whether privacy is a reasonable expectation in the particular situation (*R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211, at para. 34, *per Deschamps J.*).

[54] In this case, the operational realities of Mr. Cole’s workplace weigh both for and against the existence of a reasonable expectation of privacy. *For*, because written policy and actual practice permitted Mr. Cole to use his work-issued laptop for personal purposes. *Against*, because both policy and technological reality deprived him of exclusive control over — and access to — the personal information he chose to record on it.

[55] As mentioned earlier, the Policy and Procedures Manual stated that the school board owned “all data and messages generated on or handled by board equipment”. Moreover, the principal reminded teachers, annually, that the Acceptable Use Policy applied to them. This policy provided that “[t]eachers and administrators may monitor all student work and e-mail including material saved on laptop hard drives”, and warned that “[u]sers should NOT assume that files stored on network servers or hard drives of individual computers will be private”.

politiques, pratiques et coutumes en vigueur dans le milieu de travail sont pertinentes dans la mesure où elles concernent l’utilisation des ordinateurs par les employés. Ces [TRADUCTION] « réalités opérationnelles » peuvent réduire l’attente en matière de respect de la vie privée que des employés raisonnables pourraient autrement avoir à l’égard de leurs renseignements personnels (*O’Connor c. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987), p. 717, la juge O’Connor).

[53] Cependant, même modifiées par la pratique, les politiques écrites ne sont pas déterminantes quant à l’attente raisonnable d’une personne en matière de respect de sa vie privée. Quoi que prescrivent les politiques, il faut examiner *l’ensemble* des circonstances afin de déterminer si le respect de la vie privée constitue une attente raisonnable dans ce contexte particulier (*R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211, par. 34, la juge Deschamps).

[54] En l’espèce, les réalités opérationnelles du milieu de travail de M. Cole militent à la fois pour et contre l’existence d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. *Pour*, car les politiques écrites et la pratique proprement dite permettaient à M. Cole d’utiliser à des fins personnelles l’ordinateur portable fourni pour son travail. *Contre*, car les politiques et la réalité technologique l’empêchaient d’exercer un contrôle exclusif sur les renseignements personnels qu’il choisissait d’y enregistrer, et sur l’accès à ceux-ci.

[55] Tel que mentionné précédemment, le Manuel des politiques et procédures prévoyait que le conseil scolaire était propriétaire de [TRADUCTION] « l’ensemble des données et messages générés ou traités avec le matériel du conseil scolaire ». De plus, le directeur rappelait chaque année aux enseignants que la politique d’utilisation acceptable s’appliquait à eux. Cette politique prévoyait que « [I]es enseignants et les administrateurs peuvent surveiller tous les travaux et courriels des élèves, y compris les données, sauvegardés sur les disques durs des ordinateurs portatifs », et prévenait que « [I]es utilisateurs ne doivent PAS présumer que les fichiers stockés sur les serveurs du réseau ou les disques durs des ordinateurs personnels seront confidentiels ».

[56] Though Mr. Cole’s laptop was equipped with a password, the contents of his hard drive were thus available to all other users and technicians with domain administration rights — at least when the computer was connected to the network. And even if the Acceptable Use Policy did not directly apply to teachers, as Mr. Cole maintains, he and other teachers were in fact put on notice that the privacy they might otherwise have expected in their files was limited by the operational realities of their workplace.

[57] The “totality of the circumstances” consists of many strands, and they pull in competing directions in this case. On balance, however, they support the objective reasonableness of Mr. Cole’s subjective expectation of privacy.

[58] The nature of the information in issue heavily favours recognition of a constitutionally protected privacy interest. Mr. Cole’s personal use of his work-issued laptop generated information that is meaningful, intimate, and organically connected to his biographical core. Pulling in the other direction, of course, are the ownership of the laptop by the school board, the workplace policies and practices, and the technology in place at the school. These considerations diminished Mr. Cole’s privacy interest in his laptop, at least in comparison to the personal computer at issue in *Morelli*, but they did not eliminate it entirely.

## VI

[59] As Mr. Cole had a reasonable expectation of privacy in his Internet browsing history and the informational content of his work-issued laptop, any non-consensual examination by the state was a “search”; and any taking, a “seizure”.

[56] Bien que l’ordinateur portatif de M. Cole fût doté d’un mot de passe, le contenu de son disque dur était donc accessible par tous les autres utilisateurs et techniciens ayant des droits d’administration du domaine — du moins lorsque l’ordinateur était connecté au réseau. De plus, même si la politique d’utilisation acceptable ne s’appliquait pas directement aux enseignants, comme le soutient M. Cole, lui et les autres enseignants ont effectivement été informés que le respect de la vie privée auquel ils auraient pu s’attendre à l’égard de leurs fichiers était limité par les réalités opérationnelles de leur milieu de travail.

[57] « L’ensemble des circonstances » est formé de plusieurs éléments, qui vont dans des directions opposées en l’espèce. Toutefois, tout compte fait, ils étayaient le caractère raisonnable, sur le plan objectif, de l’attente subjective de M. Cole en matière de respect de sa vie privée.

[58] La nature des renseignements en cause favorise nettement la reconnaissance d’un droit au respect de la vie privée protégé par la Constitution. L’utilisation à des fins personnelles par M. Cole de l’ordinateur portatif fourni pour son travail engendrait des renseignements qui sont significatifs, intimes et reliés organiquement à l’ensemble de ses renseignements biographiques. Bien entendu, à l’opposé on trouve le droit de propriété sur l’ordinateur portatif détenu par le conseil scolaire, les politiques et les pratiques en vigueur dans le milieu de travail, ainsi que la technologie en place à l’école. Ces considérations réduisaient le droit de M. Cole au respect de sa vie privée à l’égard de son ordinateur portatif, du moins par comparaison avec l’ordinateur personnel en cause dans l’arrêt *Morelli*, mais elles ne l’éliminaient pas complètement.

## VI

[59] Étant donné que M. Cole pouvait s’attendre raisonnablement au respect de sa vie privée relativement à son historique de navigation sur Internet et au contenu informationnel de l’ordinateur portatif fourni pour son travail, tout examen non consensuel par l’État constituait une « fouille ou perquisition »; et tout prélèvement, une « saisie ».

[60] Mr. Cole does not challenge the initial inspection of the laptop by the school technician in the context of routine maintenance activities. He concedes, moreover, that the technician did not breach his s. 8 rights. In this light, I leave for another day the finer points of an employer's right to monitor computers issued to employees.

[61] The Court of Appeal concluded that, in the circumstances of this case, the subsequent search and seizure of the laptop by school officials acting under the direction of the principal was not unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*. Mr. Cole does not challenge this conclusion.

[62] In any event, I agree with the Court of Appeal. The principal had a statutory duty to maintain a safe school environment (*Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, s. 265), and, by necessary implication, a reasonable power to seize and search a school-board-issued laptop if the principal believed on reasonable grounds that the hard drive contained compromising photographs of a student. This implied power is not unlike the one found by the majority of this Court in *M. (M.R.)*, at para. 51.

[63] I likewise agree with the Court of Appeal that other school board officials had the same implied powers of search and seizure as the principal (paras. 64-66).

[64] I turn then to the conduct of the police.

[65] The police may well have been authorized to take physical control of the laptop and CD *temporarily, and for the limited purpose of safeguarding potential evidence of a crime until a search warrant could be obtained*. However, that is not what occurred here. Quite the contrary: The police seized the laptop and CD *in order to search their contents for evidence of a crime* without the consent of Mr. Cole, and without prior judicial authorization.

[60] M. Cole ne conteste pas l'inspection initiale de l'ordinateur portatif faite par le technicien de l'école dans le cadre des activités courantes de maintenance. En outre, il admet que le technicien n'a pas porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 8. Dans cette optique, je n'entends pas me prononcer sur les subtilités du droit d'un employeur de surveiller les ordinateurs qu'il met à la disposition de ses employés.

[61] La Cour d'appel a conclu que, dans les circonstances de l'espèce, la fouille et la saisie subséquentes de l'ordinateur portatif par les autorités scolaires, agissant sous la supervision du directeur, n'étaient pas abusives au sens de l'art. 8 de la *Charte*. M. Cole ne conteste pas cette conclusion.

[62] Quoi qu'il en soit, je suis d'accord avec la Cour d'appel. Le directeur avait l'obligation légale de maintenir un milieu d'apprentissage sécuritaire (*Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 265), et, par voie de conséquence logique, le pouvoir raisonnable de saisir et de fouiller un ordinateur portatif fourni par le conseil scolaire s'il avait des motifs raisonnables de croire que le disque dur contenait des photographies compromettantes d'une élève. Ce pouvoir implicite ne diffère pas de celui qu'ont reconnu les juges majoritaires de notre Cour dans l'arrêt *M. (M.R.)*, par. 51.

[63] Je suis également d'accord avec la Cour d'appel pour dire que d'autres représentants du conseil scolaire avaient les mêmes pouvoirs implicites de fouille et de saisie que le directeur (par. 64-66).

[64] J'en viens alors à la conduite de la police.

[65] La police aurait bien pu être autorisée à prendre en charge l'ordinateur portatif et le CD, *temporairement et dans le but bien limité de préserver un éventuel élément de preuve d'un crime jusqu'à ce qu'elle obtienne un mandat de perquisition*. Toutefois, ce n'est pas ce qui s'est produit. Bien au contraire. La police a saisi l'ordinateur portatif et le CD *afin d'en fouiller le contenu à la recherche d'éléments de preuve d'un crime* sans le consentement de M. Cole et sans autorisation judiciaire préalable.



[66] The unresolved question on this appeal is whether the authority of the school officials afforded *the police* lawful authority to conduct this warrantless search and seizure. In my view, it did not.

[67] In taking possession of the computer material and examining its contents, the police acted independently of the school board (*R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at pp. 58-60). The fact that the school board had acquired lawful possession of the laptop *for its own administrative purposes* did not vest in the police a delegated or derivative power to appropriate and search the computer *for the purposes of a criminal investigation*.

[68] This was made clear in *Colarusso*, where a coroner who had lawfully seized bodily samples then turned them over to the police. As La Forest J. explained:

The arguments advanced by the Crown seeking to establish the reasonableness of warrantless seizures by a coroner rely on the underlying premise that the coroner fulfils an essential non-criminal role. The state cannot, however, have it both ways; it cannot be argued that the coroner's seizure is reasonable because it is independent of the criminal law enforcement arm of the state while the state is at the same time attempting to introduce into criminal proceedings the very evidence seized by the coroner. It follows logically, in my opinion, that a seizure by a coroner will only be reasonable while the evidence is used for the purpose for which it was seized, namely, for determining whether an inquest into the death of the individual is warranted. Once the evidence has been appropriated by the criminal law enforcement arm of the state for use in criminal proceedings, there is no foundation on which to argue that the coroner's seizure continues to be reasonable. [pp. 62-63]

[69] Where a lower constitutional standard is applicable in an administrative context, as in this case, the police cannot invoke that standard to evade the prior judicial authorization that is normally required for searches or seizures in the context of criminal investigations.

[66] La question non réglée dans le cadre du présent pourvoi consiste à déterminer si le pouvoir des autorités scolaires conférerait à *la police* le pouvoir légitime d'effectuer sans mandat une fouille ou perquisition et une saisie. À mon avis, ce n'était pas le cas.

[67] Lorsqu'elle a pris possession du matériel informatique et a examiné son contenu, la police a agi indépendamment du conseil scolaire (*R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, p. 58-60). Le fait que le conseil scolaire avait légalement pris possession de l'ordinateur portatif *pour ses propres besoins administratifs* ne conférerait pas à la police un pouvoir délégué ou dérivé de confisquer et de fouiller l'ordinateur *pour les besoins d'une enquête criminelle*.

[68] Cela ressort clairement de l'arrêt *Colarusso*, dans lequel un coroner qui avait légalement saisi des échantillons de substances organiques les a ensuite remis à la police. Comme l'a expliqué le juge La Forest :

Les arguments avancés par le ministère public pour établir le caractère non abusif de saisies sans mandat effectuées par un coroner reposent sur la prémisse sous-jacente selon laquelle le coroner remplit une fonction essentielle de nature non pénale. L'État ne peut cependant gagner sur les deux tableaux; il ne saurait prétendre que la saisie par le coroner est non abusive du fait que celui-ci agissait indépendamment de la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel et en même temps chercher à produire dans une poursuite criminelle la preuve même qu'a saisie le coroner. D'où il s'ensuit logiquement, à mon avis, que la saisie opérée par un coroner est non abusive dans la seule mesure où la preuve sert aux fins pour lesquelles elle a été saisie, soit pour décider s'il y a lieu de tenir une enquête sur la mort d'une personne. Du moment que la branche de l'État chargée de l'application du droit criminel s'approprie la preuve en question pour l'utiliser dans le cadre d'une poursuite criminelle, on est mal fondé à soutenir que la saisie effectuée par le coroner conserve son caractère non abusif. [p. 62-63]

[69] Si une norme constitutionnelle moins exigeante est applicable dans un contexte administratif comme c'est le cas en l'espèce, la police ne peut invoquer cette norme afin de se soustraire à l'autorisation judiciaire préalable normalement exigée pour les fouilles, les perquisitions ou les saisies dans le cadre des enquêtes criminelles.

[70] The Crown relies on *Quebec (Attorney General) v. Laroche*, 2002 SCC 72, [2002] 3 S.C.R. 708, *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757, and *R. v. D'Amour* (2002), 166 C.C.C. (3d) 477 (Ont. C.A.), for the proposition that a warrant is not required for a regulatory authority to transfer material to law enforcement officers — and that this empowers the officers to examine the transferred materials without a warrant.

[71] I would reject this submission. All of the cases relied on by the Crown arose in heavily regulated environments. In each instance, given the regulated nature of the documents in question, the individual claiming the protection of s. 8 did not have a reasonable expectation of preventing or controlling the further dissemination of his or her information to the law enforcement branch of the state.

[72] No warrant was required because the claimants in the cases cited by the Crown, unlike Mr. Cole in this case, did not have a reasonable expectation of privacy in the information remitted to law enforcement officials. Mr. Cole, throughout, retained a reasonable and “*continuous*” expectation of privacy in the personal information on his work-issued laptop (*Buhay*, at para. 33 (emphasis added); *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 435).

[73] The school board was, of course, legally entitled to inform the police of its discovery of contraband on the laptop. This would doubtless have permitted the police to obtain a warrant to search the computer for the contraband. But receipt of the computer from the school board did not afford the police *warrantless access* to the personal information contained within it. This information remained subject, at all relevant times, to Mr. Cole’s reasonable and *subsisting* expectation of privacy.

[70] Le ministère public se fonde sur les arrêts *Québec (Procureur général) c. Laroche*, 2002 CSC 72, [2002] 3 R.C.S. 708, *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757, et *R. c. D'Amour* (2002), 166 C.C.C. (3d) 477 (C.A. Ont.), pour affirmer qu’un mandat n’est pas requis pour qu’un organisme de réglementation transfère des documents aux responsables de l’application de la loi — ce qui confère aux policiers le pouvoir d’examiner sans mandat les documents transférés.

[71] Je suis d’avis de rejeter cet argument. Toutes les affaires invoquées par le ministère public sont survenues dans des domaines fortement réglementés. Dans chaque cas, vu la réglementation applicable aux documents en question, le particulier qui revendiquait la protection de l’art. 8 ne pouvait s’attendre raisonnablement à empêcher ou à contrôler la diffusion de ses renseignements aux services étatiques chargés de l’application de la loi.

[72] Aucun mandat n’était requis étant donné que les demandeurs, dans les affaires invoquées par le ministère public, contrairement à M. Cole en l’espèce, n’avaient pas une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée relativement aux renseignements communiqués aux responsables de l’application de la loi. M. Cole a toujours conservé une attente raisonnable et « *continue* » de respect de sa vie privée relativement aux renseignements personnels contenus dans l’ordinateur portatif fourni pour son travail (*Buhay*, par. 33 (italiques ajoutés); *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 435).

[73] Bien entendu, le conseil scolaire avait légalement le droit d’informer la police de sa découverte de documents illicites dans l’ordinateur portatif. Cela aurait sans aucun doute permis à la police d’obtenir un mandat pour fouiller l’ordinateur afin d’y trouver les documents illicites. Cependant, la remise de l’ordinateur par le conseil scolaire ne permettait pas à la police d’*accéder sans mandat* aux renseignements personnels qu’il renfermait. Ces renseignements restaient assujettis, à tous les moments considérés, à l’attente raisonnable et *durable* de M. Cole en matière de respect de sa vie privée.

[74] The Crown alleges a second justification for the conduct of the police: third party consent. An employer (a third party), says the Crown, can validly consent to a warrantless search or seizure of a laptop issued to one of its employees. The underlying premise of this submission is that a third party may waive another person's privacy interest — thereby disengaging that person's guarantee under s. 8 of the *Charter*.

[75] In the United States, unlike in Canada, there is high authority for a doctrine of third party consent (*United States v. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974); *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990)).

[76] *Matlock* is premised on the notion that third party consent is justifiable because the individual voluntarily assumed the risk that his information would fall into the hands of law enforcement (see *United States v. Ziegler*, 474 F.3d 1184 (9th Circ. 2007), at p. 1191). However, this Court rejected that sort of “risk analysis” in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at pp. 47-48, and *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 45.

[77] Moreover, the doctrine of third party consent is inconsistent with this Court's jurisprudence on *first party* consent. As Iacobucci J. explained in *Borden*, at p. 162, “[i]n order for a waiver of the right to be secure against an unreasonable seizure to be effective, the person purporting to consent must be possessed of the requisite informational foundation for a true relinquishment of the right.”

[78] For consent to be valid, it must be both voluntary and informed. The adoption of a doctrine of third party consent in this country would imply that the police could interfere with an individual's privacy interests on the basis of a consent that is *not* voluntarily given by the rights holder, and *not* necessarily based on sufficient information in his or her hands to make a meaningful choice.

[74] Le ministère public fait valoir une seconde justification pour la conduite de la police : le consentement d'un tiers. Selon le ministère public, l'employeur (un tiers) peut valablement consentir à une fouille ou saisie sans mandat d'un ordinateur portatif fourni à l'un de ses employés. Cet argument est fondé sur la prémisse qu'un tiers peut renoncer au droit à la vie privée d'une autre personne — dépouillant ainsi cette personne de la protection que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*.

[75] Aux États-Unis, contrairement au Canada, d'importantes décisions appuient la notion du consentement d'un tiers (*United States c. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974); *Illinois c. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990)).

[76] L'arrêt *Matlock* repose sur l'idée que le consentement d'un tiers est justifiable parce que le particulier assumait volontairement le risque que ses renseignements se retrouvent entre les mains des responsables de l'application de la loi (voir *United States c. Ziegler*, 474 F.3d 1184 (9th Circ. 2007), p. 1191). Cependant, notre Cour a rejeté ce genre d'« analyse fondée sur le risque » dans les arrêts *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 47-48, et *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 45.

[77] De plus, la notion du consentement d'un tiers est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour relative au consentement du *premier intéressé*. Comme le juge Iacobucci l'a expliqué dans l'arrêt *Borden*, à la p. 162, « [p]our que la renonciation au droit à la protection contre les saisies abusives soit réelle, la personne qui est censée donner son consentement doit disposer de tous les renseignements requis pour pouvoir renoncer réellement à ce droit. »

[78] Pour que le consentement soit valide, il doit être libre et éclairé. L'adoption au Canada de la notion du consentement d'un tiers signifierait que la police pourrait porter atteinte au droit au respect de la vie privée d'un particulier sur la base d'un consentement qui n'est *pas* donné volontairement par le détenteur du droit, et qui n'est *pas* nécessairement fondé sur des renseignements suffisants pour lui permettre de faire un choix éclairé.

[79] I would therefore reject the Crown's contention that a third party could validly consent to a search or otherwise waive a constitutional protection on behalf of another.

## VII

[80] With the *Charter* breach established, the inquiry shifts to s. 24(2).

[81] Unconstitutionally obtained evidence should be excluded under s. 24(2) if, considering all of the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute. This determination requires a balancing assessment involving three broad inquiries: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct; (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused; and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits (*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 71).

[82] The standard of review is deferential: "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" (*R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215, at para. 44). But where the relevant factors have been overlooked or disregarded, a fresh *Grant* analysis is both necessary and appropriate.

[83] Both the trial judge and the Court of Appeal — erroneously, in my respectful view — excluded the unconstitutionally obtained evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

[84] Regarding the seriousness of the *Charter*-infringing conduct, the courts below focused on the actions of Detective Constable Timothy Burt, the officer who took possession of the computer material, who searched the discs, and who sent the laptop away for forensic examination. The trial judge concluded that this officer's actions were "egregious" (para. 26), and the Court of Appeal considered his conduct serious enough to favour exclusion.

[79] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'argument du ministère public selon lequel un tiers pourrait donner un consentement valide à une fouille ou autrement renoncer à une garantie constitutionnelle pour le compte d'une autre personne.

## VII

[80] La violation de la *Charte* étant établie, l'examen doit maintenant porter sur le par. 24(2).

[81] Les éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement devraient être écartés conformément au par. 24(2) si, eu égard à toutes les circonstances, leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Une telle conclusion nécessite la mise en balance de trois facteurs généraux : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État; (2) l'incidence de la violation 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 (*R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 71).

[82] La norme de contrôle commande la retenue : « 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 » (*R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215, par. 44). Cependant, lorsque les facteurs pertinents ont été négligés ou ignorés, une nouvelle analyse fondée sur l'arrêt *Grant* est nécessaire et opportune.

[83] C'est à tort, je l'estime avec égards, que le juge du procès et la Cour d'appel ont tous deux écarté, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement.

[84] En ce qui a trait à la gravité de la conduite attentatoire, les tribunaux d'instance inférieure ont mis l'accent sur les mesures prises par le gendarme-détective Timothy Burt, le policier qui a pris possession du matériel informatique, qui a fouillé les disques et qui a envoyé l'ordinateur portatif pour expertise judiciaire. Le juge du procès a conclu que les mesures prises par le policier étaient [TRADUCTION] « tout à fait inacceptables » (« *egregious* ») (par. 26), et la Cour d'appel a jugé sa conduite suffisamment grave pour entraîner l'exclusion.

[85] I am unable to share either conclusion.

[86] The police officer did not knowingly or deliberately disregard the warrant requirement. As events were unfolding in this case, the law governing privacy expectations in work computers was still unsettled. Without the guidance of appellate case law, D.C. Burttt believed, erroneously but understandably, that he had the power to search without a warrant.

[87] He did not act negligently or in bad faith. Nor does his conduct evidence insensitivity to *Charter* values, or an unacceptable ignorance of Mr. Cole's rights under the *Charter*. The officer did not rely exclusively, as the courts below suggested, on his mistaken belief that the ownership of the laptop was necessarily determinative. While this was an important factor underlying his decision not to obtain a search warrant, the officer also turned his mind to whether Mr. Cole had an expectation of privacy in the laptop (p. 130). He was alert to the possibility that the hard drive contained private or privileged material (pp. 130-31 and 164). And he testified that he intended to respect Mr. Cole's privacy interest in this regard (p. 131).

[88] More particularly, D.C. Burttt testified as follows:

Q. Did you consider whether or not Richard Cole had any expectation of privacy in that computer?

A. I did consider that. The information that I was receiving was that it was the School Board's computer and that was their property. I had never received any information in regards to Mr. Cole owning that computer *or that he had any privileged material*. And I've dealt with cases where there have been privileged material on a laptop or on a computer. And the only information I had received about any private material that was on that computer came from Mr. Bourget and that was

[85] Je ne puis souscrire à aucune de ces conclusions.

[86] Le policier n'a pas sciemment ou délibérément fait abstraction de l'exigence d'un mandat. Alors que se déroulaient les faits en l'espèce, les principes de droit régissant les attentes en matière de vie privée à l'égard des ordinateurs de travail n'étaient pas encore bien établis. Sans le bénéfice de la jurisprudence des cours d'appel, le gendarme-détective Burttt a cru, à tort, ce qui est compréhensible, qu'il avait le pouvoir d'effectuer une fouille sans mandat.

[87] Il n'a pas fait preuve de négligence ou de mauvaise foi. Sa conduite ne dénote pas non plus de l'indifférence pour les valeurs consacrées par la *Charte*, ni une ignorance inacceptable des droits garantis par la *Charte* à M. Cole. Le policier ne s'est pas fondé exclusivement, comme l'ont laissé entendre les tribunaux d'instance inférieure, sur sa conviction erronée que la propriété de l'ordinateur portatif était nécessairement déterminante. Bien qu'il s'agisse d'un facteur important sous-tendant sa décision de ne pas obtenir de mandat de perquisition, le policier s'est également demandé si M. Cole pouvait s'attendre au respect de sa vie privée à l'égard de l'ordinateur portatif (p. 130). Il était conscient de la possibilité que le disque dur contienne des renseignements privés ou privilégiés (p. 130-131 et 164). Et il a déclaré qu'il avait l'intention de respecter le droit de M. Cole en matière de protection de la vie privée à cet égard (p. 131).

[88] Plus précisément, le gendarme-détective Burttt a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Q. Vous êtes-vous demandé si Richard Cole avait ou non des attentes en matière de protection de la vie privée à l'égard de cet ordinateur?

R. Je me suis posé la question. J'avais reçu comme information qu'il s'agissait de l'ordinateur du conseil scolaire et que celui-ci en était propriétaire. Je n'ai jamais reçu comme information que cet ordinateur appartenait à M. Cole *ou qu'il contenait des renseignements privilégiés*. Et je suis intervenu lors de situations où des renseignements privilégiés se trouvaient dans un ordinateur ou un ordinateur portatif. Et la seule information que j'ai reçue au sujet de renseignements

in regards to some images of Mr. Cole's — personal images of his wife and that was *the only information I had in regards to any private information there.*

Q. *And having received that information that there may be images of his wife on the laptop, would you respect that any privacy interest in those photographs?*

A. *Yes, sir.* Business computer or any computers may have some personal stuff on there. [Emphasis added.]

[89] What of the fact that the officer had reasonable and probable grounds to obtain a warrant? In some circumstances, this may aggravate the seriousness of the breach (*Côté*, at para. 71). Where a police officer could have acted constitutionally but did not, this might indicate that the officer adopted a casual attitude toward — or, still worse, deliberately flouted — the individual's *Charter* rights (*Buhay*, at paras. 63-64). But that is not this case: The officer, as mentioned earlier, appears to have sincerely, though erroneously, considered Mr. Cole's *Charter* interests.

[90] Accordingly, in my view, the trial judge's finding of "egregious" conduct was tainted by clear and determinative error (*Côté*, at para. 51). On the undisputed evidence, the conduct of the officer was simply not an egregious breach of the *Charter*. As earlier seen, the officer did attach great importance to the school board's ownership of the laptop, but not to the exclusion of other considerations. He did not "confuse ownership of hardware with privacy in the contents of software" (trial reasons, at para. 29).

[91] Turning then to the impact of the breach on Mr. Cole's *Charter*-protected interests, the question relates to "the extent to which the breach actually undermined the interests protected by the right infringed" (*Grant*, at para. 76). In the context of a s. 8 breach, as here, the focus is on the magnitude or

personnels se trouvant dans cet ordinateur provenait de M. Bourget et concernait certaines images appartenant à M. Cole — des images personnelles de son épouse et il s'agit de *la seule information que j'avais concernant des renseignements personnels là-dedans.*

Q. *Et ayant reçu comme information qu'il pouvait y avoir des images de son épouse dans l'ordinateur portatif, respecteriez-vous le droit au respect de la vie privée à l'égard de ces photographies?*

R. *Oui, monsieur.* Un ordinateur réservé à un usage professionnel ou tout ordinateur peut contenir des choses personnelles. [Italiques ajoutés.]

[89] Que dire du fait que le policier avait les motifs raisonnables et probables requis pour obtenir un mandat? Dans certaines circonstances, cela peut accroître la gravité de la violation (*Côté*, par. 71). Si un policier avait pu agir constitutionnellement mais ne l'a pas fait, cela peut indiquer qu'il a adopté une attitude désinvolte — voire qu'il a fait preuve de mépris délibéré — envers les droits garantis au particulier par la *Charte* (*Buhay*, par. 63-64). Mais ce n'est pas le cas en l'espèce : le policier, tel que mentionné précédemment, semble avoir sincèrement, bien qu'erronément, pris en considération, les droits garantis par la *Charte* à M. Cole.

[90] Par conséquent, à mon avis, la conclusion de conduite [TRADUCTION] « tout à fait inacceptable » tirée par le juge du procès était entachée d'une erreur manifeste et déterminante (*Côté*, par. 51). Au vu de la preuve non contestée, la conduite du policier ne constituait tout simplement pas une violation tout à fait inacceptable de la *Charte*. Nous avons vu que le policier a accordé beaucoup d'importance au fait que l'ordinateur portatif appartenait au conseil scolaire, sans pour autant exclure d'autres considérations. Il n'a pas [TRADUCTION] « confondu la propriété du matériel et le respect de la vie privée à l'égard du contenu du logiciel » (motifs du juge du procès, par. 29).

[91] En ce qui concerne l'importance de l'effet qu'a la violation sur les droits garantis par la *Charte* à M. Cole, il s'agit de déterminer « la portée réelle de l'atteinte aux intérêts protégés par le droit en cause » (*Grant*, par. 76). Dans le contexte d'une violation de l'art. 8, comme en l'espèce, il s'agit

intensity of the individual's reasonable expectation of privacy, and on whether the search demeaned his or her dignity (*R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, at para. 40; *Grant*, at para. 78).

[92] In his s. 24(2) analysis, the trial judge neglected entirely to consider the diminished nature of Mr. Cole's reasonable expectation of privacy. Likewise, the Court of Appeal overlooked the fact that the operational realities of Mr. Cole's workplace attenuated the effect of the breach on his *Charter*-protected interests.

[93] Moreover, the courts below failed to consider the impact of the "discoverability" of the computer evidence on the second *Grant* inquiry. As earlier noted, the officer had reasonable and probable grounds to obtain a warrant. Had he complied with the applicable constitutional requirements, the evidence would necessarily have been discovered. This further attenuated the impact of the breach on Mr. Cole's *Charter*-protected interests (*Côté*, at para. 72).

[94] Finally, I turn to the third *Grant* inquiry: society's interest in an adjudication on the merits. The question is "whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence, or by its exclusion" (*Grant*, at para. 79).

[95] Not unlike the considerations under the first and second inquiries, the considerations under this third inquiry must not be permitted to overwhelm the s. 24(2) analysis (*Côté*, at para. 48; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, at para. 40). They are nonetheless entitled to appropriate weight and, in the circumstances of this case, they clearly weigh against exclusion of the evidence.

[96] The laptop, the mirror image of its hard drive, and the disc containing Mr. Cole's temporary Internet files are all highly reliable and probative

de déterminer l'ampleur ou l'intensité de l'attente raisonnable du particulier en matière de respect de sa vie privée, et si la fouille ou perquisition portait atteinte à la dignité individuelle (*R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, par. 40; *Grant*, par. 78).

[92] Dans son analyse fondée sur le par. 24(2), le juge du procès a complètement omis de prendre en considération la nature réduite de l'attente raisonnable de M. Cole en matière de vie privée. De même, la Cour d'appel a fait abstraction du fait que les réalités opérationnelles du milieu de travail de M. Cole diminuaient l'incidence de la violation sur ses droits constitutionnels.

[93] En outre, les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas tenu compte de l'incidence de la « possibilité de découvrir » des éléments de preuve électroniques dans le cadre du deuxième volet du test de l'arrêt *Grant*. Tel qu'indiqué précédemment, le policier avait les motifs raisonnables et probables requis pour obtenir un mandat. S'il s'était conformé aux exigences constitutionnelles applicables, la preuve aurait forcément été découverte. Cela diminuait davantage l'incidence de la violation sur les droits constitutionnels de M. Cole (*Côté*, par. 72).

[94] Enfin, j'aborde la troisième question à examiner suivant l'arrêt *Grant* : l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Il s'agit de déterminer « si la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel est mieux servie par l'utilisation ou par l'exclusion d'éléments de preuve » (*Grant*, par. 79).

[95] Un peu comme pour les considérations liées à la première et à la deuxième question, les considérations liées à cette troisième question ne doivent pas pouvoir supplanter l'analyse fondée sur le par. 24(2) (*Côté*, par. 48; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494, par. 40). Il faut tout de même leur accorder l'importance qu'elles revêtent et, dans les circonstances de l'espèce, elles militent clairement contre l'exclusion de la preuve.

[96] L'ordinateur portable, l'image miroir de son disque dur et le disque contenant les fichiers Internet temporaires de M. Cole sont tous des

physical evidence. And while excluding it would not “gut” the prosecution entirely, I accept the Crown’s submission that the forensic examination of the laptop, at least, is “critical”: the metadata on the laptop may allow the Crown to establish, for example, when the photographs were downloaded and whether they have ever been accessed.

[97] In sum, the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute. The breach was not high on the scale of seriousness, and its impact was attenuated by both the diminished privacy interest and the discoverability of the evidence. The exclusion of the material would, however, have a marked negative impact on the truth-seeking function of the criminal trial process.

[98] For all of these reasons, I would not exclude the evidence unlawfully obtained by the police in this case.

### VIII

[99] Having concluded that none of the computer evidence should have been excluded pursuant to s. 24(2), it is not strictly necessary to address the provisional nature of the Court of Appeal’s ruling in respect of the Internet files disc. Nevertheless, I find it appropriate to do so.

[100] Generally speaking, the decision to exclude evidence under s. 24(2) should be final. In “very limited circumstances”, however, a “material change of circumstances” may justify a trial judge to revisit an exclusionary order (*R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660, at para. 35).

[101] For reasons of principle and of practice, the exclusion of evidence should generally be final. As the intervenor Criminal Lawyers’ Association (Ontario) points out, an accused is entitled, as a matter of principle, to know the case

éléments de preuve matérielle probante et très fiable. De plus, bien que leur exclusion ne soit pas complètement « fatale » à la poursuite, j’accepte l’argument du ministère public selon lequel l’expertise judiciaire concernant l’ordinateur portable, du moins, est « essentielle » : les métadonnées dans l’ordinateur portable peuvent permettre au ministère public d’établir, par exemple, la date à laquelle les photographies ont été téléchargées et si elles ont déjà été consultées.

[97] Bref, l’utilisation de la preuve n’est pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. La violation n’était pas très grave, et son incidence était atténuée à la fois par le droit réduit en matière de protection de la vie privée et par la possibilité de découvrir la preuve. Toutefois, l’exclusion du matériel aurait une incidence négative marquée sur la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel.

[98] Pour tous ces motifs, je n’écarterais pas les éléments de preuve obtenus illégalement par la police en l’espèce.

### VIII

[99] Vu ma conclusion qu’aucun des éléments de preuve électroniques n’aurait dû être écarté en application du par. 24(2), il n’est pas absolument nécessaire de me pencher sur la nature provisoire de la décision de la Cour d’appel relativement au disque comportant les fichiers Internet. Néanmoins, j’estime qu’il y a lieu de le faire.

[100] En règle générale, la décision d’écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) devrait être définitive. Cependant, dans des « circonstances très limitées », des « changements notables dans les circonstances » peuvent justifier que le juge du procès réexamine une ordonnance d’exclusion (*R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660, par. 35).

[101] Pour des raisons de principe et de pratique, l’exclusion d’un élément de preuve devrait, en règle générale, être définitive. Comme le souligne l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario), l’accusé a le droit, en principe, de connaître la preuve



to meet. If an exclusionary order is revisited after the Crown closes its case, this principle is necessarily undermined. If the case to meet continues to shift, the prejudice is obvious and the trial might well become unmanageable (*R. v. Underwood*, [1998] 1 S.C.R. 77, at paras. 6-7).

[102] Moreover, even when an exclusionary order is revisited *before* the Crown closes its case, there is a serious danger of prejudice to the defendant. The decisions of defence counsel over the course of the trial — premised on the assumption that the evidence has been excluded — risk being undercut. It would be extraordinarily difficult for a trial court to remedy this sort of prejudice.

[103] In this case, the Court of Appeal invited the trial judge “to re-assess the admissibility of [the temporary Internet files disc] if the evidence becomes important to the truth-seeking function as the trial unfolds” (para. 92).

[104] In my respectful view, this would not — at least not on its own — qualify as “very limited circumstances” justifying an exception to the rule. Unconstitutionally obtained evidence, once excluded, will not become admissible simply because the Crown cannot otherwise satisfy its burden to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

## IX

[105] As stated at the outset, I would allow the appeal, set aside the exclusionary order of the Court of Appeal, and affirm the order of a new trial.

[106] Mr. Cole asks that he be awarded his costs regardless of the outcome of the appeal. While the Court has the discretion to make such an order, I would decline to do so. There is nothing “remarkable” about this case — the principal criterion — and

complète qui pèse contre lui. Si une ordonnance d’exclusion est réexaminée après que le ministère public a clos sa preuve, ce principe est nécessairement miné. Si la preuve complète continue de changer, le préjudice est manifeste et le procès pourrait bien devenir ingérable (*R. c. Underwood*, [1998] 1 R.C.S. 77, par. 6-7).

[102] De plus, même lorsque l’ordonnance d’exclusion est réexaminée *avant* que le ministère public ne close sa preuve, il existe un grave risque de préjudice pour le défendeur. Les décisions prises par les avocats de la défense au cours du procès — fondées sur l’hypothèse que des éléments de preuve ont été écartés — risquent d’être compromises. Il serait extrêmement difficile pour un tribunal de première instance de remédier à un préjudice de ce genre.

[103] En l’espèce, la Cour d’appel a invité le juge du procès à [TRADUCTION] « réévaluer l’admissibilité [du disque comportant les fichiers Internet temporaires] si cet élément de preuve devient important pour la fonction de recherche de la vérité au fil du procès » (par. 92).

[104] J’estime avec égards que cela ne saurait constituer — du moins en soi — des « circonstances très limitées » qui justifieraient une exception à la règle. Les éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement, une fois écartés, ne deviendront pas admissibles tout simplement parce que le ministère public ne pourrait autrement s’acquitter du fardeau qui lui incombe de prouver la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable.

## IX

[105] Comme je l’ai dit au début, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’ordonnance d’exclusion rendue par la Cour d’appel et de confirmer l’ordonnance visant la tenue d’un nouveau procès.

[106] M. Cole demande que les dépens lui soient adjugés, peu importe l’issue du pourvoi. Bien que la Cour ait le pouvoir discrétionnaire de rendre une telle ordonnance, je m’abstiendrai de le faire. Cette affaire ne soulève rien d’« exceptionnel » — le

there was no allegation of “oppressive or improper conduct” on the part of the Crown (*R. v. Trask*, [1987] 2 S.C.R. 304, at p. 308; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 97).

The following are the reasons delivered by

[107] ABELLA J. (dissenting) — While I agree with Justice Fish that there has been a *Charter* breach, in my respectful view, like Justice Karakatsanis in the Court of Appeal, I would exclude the disc containing the temporary Internet files and the copy of the hard drive.

[108] In *R. v. Morelli*, [2010] 1 S.C.R. 253, Fish J. observed that “it is difficult to imagine a more intrusive invasion of privacy than the search of one’s home and personal computer” (para. 105). Workplace computers, while clearly engaging different considerations, nonetheless attract many of the same privacy concerns as home computers.

[109] Workplace computers are increasingly given to employees for their exclusive use, and employees are allowed — and often expected — to use them away from the workplace for both work-related and personal use. And as more data is stored in the cloud and accessed on both workplace and personal computers, the ownership of the device or the data, far from being determinative of the reasonable expectation of privacy, becomes an increasingly unhelpful marker. In deciding whether to exclude evidence illegally seized from workplace computers, this blurring of the line between personal and workplace usage should inform the analysis.

[110] Three considerations come into play in this case in determining whether to exclude the evidence. The first is the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, which looks at whether the police acted in good faith based on their presumed knowledge of the law. Detective Constable

principal critère — et il n’a pas été allégué que le ministère public « se soit conduit de façon oppressive ou injuste » (*R. c. Trask*, [1987] 2 R.C.S. 304, p. 308; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 97).

Version française des motifs rendus par

[107] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Bien que je sois d’accord avec le juge Fish pour dire qu’il y a eu violation de la *Charte*, avec égards, je suis d’avis, tout comme la juge Karakatsanis en Cour d’appel, d’exclure le disque contenant les fichiers Internet temporaires ainsi que la copie du disque dur.

[108] Dans l’arrêt *R. c. Morelli*, [2010] 1 R.C.S. 253, le juge Fish a fait observer qu’« il est difficile d’imaginer une atteinte plus grave à la vie privée d’une personne que la perquisition de son domicile et la fouille de son ordinateur personnel » (par. 105). Bien que les ordinateurs de travail fassent intervenir des considérations différentes, il faut néanmoins envisager à leur égard un bon nombre des préoccupations en matière de vie privée que soulèvent les ordinateurs personnels.

[109] De plus en plus, des employés obtiennent de leur employeur, pour leur usage exclusif, des ordinateurs qu’ils peuvent utiliser, tant au lieu de travail qu’à l’extérieur, pour les besoins du travail ou leurs besoins personnels. Et comme plus de données sont stockées dans le nuage et qu’on y a accès tant sur l’ordinateur de travail que l’ordinateur personnel, la propriété de l’appareil ou des données, loin de constituer un critère déterminant de l’attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, devient un repère de plus en plus inutile. Au moment de décider s’il faut exclure les éléments de preuve saisis illégalement dans des ordinateurs de travail, ce brouillage de la ligne qui sépare l’utilisation pour le travail et l’utilisation à des fins personnelles devrait guider l’analyse.

[110] En l’espèce, trois considérations entrent en jeu pour déterminer s’il faut exclure les éléments de preuve. La première est la gravité de la conduite attentatoire de l’État, laquelle consiste à déterminer si le policier a agi de bonne foi, compte tenu de sa connaissance présumée de la loi. Le

Burt, an experienced officer with years of experience in investigating cyber-crime, was expected to follow established *Charter* jurisprudence. His failure to do so, in my view, represents a serious breach.

[111] This Court's decision in *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, is particularly helpful. In that case, the Court decided that a perimeter search of the accused's residence violated s. 8 of the *Charter*. Prior to *Kokesch*, it was unclear whether such a search violated the *Charter*. Nonetheless, the Court excluded the impugned evidence, noting that the law of trespass was firmly settled, and that the police "ought to have known" that they were trespassing. In the words of Sopinka J.:

I do not wish to be understood as imposing upon the police a burden of instant interpretation of court decisions. The question of the length of time after a judgment that ought to be permitted to pass before knowledge of its content is attributed to the police for the purposes of assessing good faith is an interesting one, but it does not arise on these facts. The police here had the benefit of slightly more than twelve years to study *Eccles*, slightly less than six years to consider *Colet*, and slightly more than two years to digest the constitutional warrant requirement set out in *Hunter*. Any doubt they may have had about their ability to trespass in the absence of specific statutory authority to do so was manifestly unreasonable, and cannot, as a matter of law, be relied upon as good faith for the purposes of s. 24(2). [Emphasis added; p. 33.]

[112] In other words, the Court concluded that if, in conducting their search, the police disregarded settled law, any specific uncertainty in the law becomes far less determinative. Otherwise, it would open the door too widely for the admission of evidence under s. 24(2).

[113] In this case, the trial judge found that D.C. Burt assumed that "because the laptop belonged to the Rainbow District School Board, there was no need for him to get a warrant". To borrow from *Kokesch*, D.C. Burt's exclusive reliance on

gendarme-déetective Burt, un policier d'expérience chargé depuis plusieurs années des enquêtes dans le domaine de la cybercriminalité, était censé se conformer à la jurisprudence constitutionnelle établie. Il ne l'a pas fait, ce qui, à mon avis, constitue une violation grave.

[111] L'arrêt *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, est particulièrement utile. Dans cette affaire, notre Cour a jugé qu'une perquisition périphérique de la résidence de l'accusé violait l'art. 8 de la *Charte*. Avant l'arrêt *Kokesch*, on pouvait se demander si une telle perquisition violait la *Charte*. Néanmoins, la Cour a écarté la preuve contestée, signalant que le droit applicable en matière d'intrusion *était* fermement établi et que les policiers « auraient dû [...] savoir » que c'était une intrusion. Le juge Sopinka s'est exprimé ainsi :

Je ne veux pas que l'on pense que j'impose à la police l'obligation d'interpréter instantanément les décisions judiciaires. La question du délai qui devrait être alloué après un jugement pour que la police soit censée avoir pris connaissance de son contenu, aux fins de déterminer sa bonne foi, est une question intéressante, mais elle ne se pose pas en l'espèce. La police a bénéficié d'un peu plus de douze ans pour étudier l'arrêt *Eccles*, d'un peu moins de six ans pour examiner l'arrêt *Colet*, et d'un peu plus de deux ans pour comprendre l'exigence du mandat énoncée dans l'arrêt *Hunter*. Tout doute qu'elle aurait pu avoir quant à sa capacité de commettre une intrusion en l'absence d'un pouvoir explicitement prévu par la loi à cette fin était manifestement déraisonnable et ne saurait, en droit, être invoqué pour justifier sa bonne foi aux fins du par. 24(2). [Je souligne; p. 33.]

[112] Autrement dit, la Cour a conclu que si la police a fait abstraction du droit établi lorsqu'elle a effectué la fouille ou perquisition, toute incertitude dans l'application du droit devient beaucoup moins déterminante. Sinon, cela ouvrirait trop grande la porte à l'admission d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2).

[113] En l'espèce, le juge du procès a conclu que le gendarme-déetective Burt avait présumé que, [TRADUCTION] « puisque l'ordinateur portatif appartenait au Rainbow District School Board, il n'était pas nécessaire qu'il obtienne un mandat ».

ownership to determine whether a warrant was required was unreasonable and cannot be relied on as good faith for the purposes of s. 24(2).

[114] While the law relating to the search of workplace computers was unsettled at the time of the search, what *was* settled was the fact that property rights did not determine whether a warrant was required. In 1984, *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, divorced the concept of privacy from the law of trespass and said that s. 8 protects “people, not places” (p. 159). In 1990, the Court found a reasonable expectation of privacy in a hotel room in *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, and in 2003, found a reasonable expectation of privacy in a rented locker in *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631. The search in this case, in June 2006, occurred many years after this established jurisprudence, undeniably a sufficient amount of time for an officer who had years of experience in cyber-crime to have known that property interests did not determine the reasonable expectation of privacy.

[115] Justice Fish finds that the trial judge made a “clear and determinative” error in finding that D.C. Burt wrongly relied on the ownership of the laptop in deciding not to get a warrant. With respect, in my view the trial judge’s conclusion is fully supported by the evidence.

[116] D.C. Burt accepted that he had reasonable grounds for a warrant. Then, on multiple occasions, he stated explicitly that he chose not to obtain a warrant because the computer, and therefore its data, were the property of the School Board:

[Crown Counsel Mr. Roy]. And did you consider obtaining a search warrant?

Pour reprendre les termes employés dans l’arrêt *Kokesch*, la décision du gendarme-détective Burt de s’en remettre exclusivement au droit de propriété pour déterminer si un mandat était requis était déraisonnable et ne saurait être invoquée pour justifier sa bonne foi aux fins du par. 24(2).

[114] Même si le droit relatif à la fouille des ordinateurs de travail *était* incertain au moment de la fouille, il était établi que le droit de propriété ne permettait pas de déterminer si un mandat était requis. En 1984, l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, a dissocié la notion de vie privée du droit applicable en matière d’intrusion et a indiqué que l’art. 8 protège « les personnes et non les lieux » (p. 159). En 1990, dans l’arrêt *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, la Cour a conclu qu’on pouvait raisonnablement s’attendre au respect de la vie privée dans une chambre d’hôtel, et en 2003, dans l’arrêt *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, elle a conclu que l’on pouvait avoir une attente raisonnable de vie privée à l’égard d’un casier loué. En l’espèce, la fouille a eu lieu en juin 2006, soit de nombreuses années après que la jurisprudence fut bien établie à cet égard, ce qui constitue indéniablement suffisamment de temps pour qu’un policier qui compte plusieurs années d’expérience dans le domaine de la cybercriminalité sache que le droit de propriété ne détermine pas l’existence d’une attente raisonnable en matière de vie privée.

[115] Le juge Fish estime que le juge du procès a commis une erreur « manifeste et déterminante » en concluant que le gendarme-détective Burt s’était fondé à tort sur la propriété de l’ordinateur portatif pour décider de ne pas obtenir de mandat. Avec égards, j’estime que la conclusion du juge du procès est entièrement étayée par la preuve.

[116] Le gendarme-détective Burt a reconnu avoir les motifs raisonnables requis pour obtenir un mandat. Puis, à maintes reprises, il a dit explicitement qu’il avait choisi de ne pas obtenir de mandat parce que l’ordinateur, et par conséquent ses données, étaient la propriété du conseil scolaire :

[TRADUCTION] [L’avocat du ministère public, M<sup>e</sup> Roy]. Et avez-vous songé à obtenir un mandat de perquisition?

A. Yes, I did, sir.

Q. And whose decision was it to make with respect to whether or not you would be obtaining a search warrant? Did you consult with anyone else?

A. No, that was my decision, sir.

Q. And why did you decide not to obtain a search warrant?

A. It was my belief that the laptop in question was the property of the Rainbow District School Board, that Mr. Slywchuk had said that it was a teacher or a staff computer, that the sticker on the bottom of the laptop indicated it was property of Rainbow District School Board, and at that point I was advised that it was their property. . . .

. . . .

Q. Now would your approach have been different if you were seizing a computer from a residence?

A. In a residence there are several users on computers. This is a personal computer as opposed to a business computer with a property. Most of us don't put a "Property of Tim Burt" on the back of my computer as opposed to a property of an employer. So I would look in my household and there are three, four people who could use my computer and I believe that each one of them would have a privacy interest because my son may be chatting with someone or somebody in a household may be chatting and they may claim that they have some kind of privacy. I would get a search warrant even if, use an example, a wife catches her husband doing something and says I don't want this computer, I want you to do this because I caught him doing something illegal, and it's in my possession already at headquarters, I would get a warrant for it in that time because I would be respecting the privacy of all those people on that personal computer.

Q. Did you consider whether or not Richard Cole had any expectation of privacy in that computer?

A. I did consider that. The information that I was receiving was that it was the School Board's computer and that was their property. I had never received any information in regards to Mr. Cole owning that computer or that he had any privileged material. And I've dealt with cases where there have been privileged material

R. Oui monsieur, j'y ai songé.

Q. Et à qui incombait la décision d'obtenir ou non un mandat de perquisition? Avez-vous consulté quelqu'un d'autre?

R. Non monsieur, c'était ma décision.

Q. Et pourquoi avez-vous décidé de ne pas obtenir de mandat de perquisition?

R. J'avais la conviction que l'ordinateur portatif en question appartenait au Rainbow District School Board, que M. Slywchuk avait dit que c'était l'ordinateur d'un enseignant ou d'un membre du personnel, que l'auto-collant au bas de l'ordinateur portatif indiquait qu'il appartenait au Rainbow District School Board, et à ce moment-là, j'ai été informé qu'il leur appartenait. . .

. . . .

Q. Maintenant, auriez-vous procédé autrement si vous aviez saisi un ordinateur dans une résidence?

R. Dans une résidence, plusieurs personnes utilisent les ordinateurs. Il s'agit d'un ordinateur personnel et non pas d'un ordinateur réservé à un usage professionnel sur lequel figure le nom du propriétaire. Comme la plupart d'entre nous, je ne mets pas « Propriété de Tim Burt » au dos de mon ordinateur comme pour la propriété d'un employeur. Si je regardais chez moi, trois ou quatre personnes pourraient utiliser mon ordinateur et je crois que chacune d'entre elles aurait droit au respect de sa vie privée parce que mon fils pourrait clavarder avec quelqu'un ou quelqu'un à la maison pourrait clavarder et ils pourraient soutenir qu'ils ont droit à une certaine protection de leur vie privée. Je demanderais un mandat de perquisition même si, prenons un exemple, une épouse surprend son mari à faire quelque chose et dit je ne veux pas de cet ordinateur, je veux que vous fassiez cela parce que je l'ai surpris à faire quelque chose d'illégal, et je l'ai déjà en ma possession au quartier général, j'obtiendrais alors un mandat pour ça parce que je respecterais la vie privée de toutes ces personnes qui ont utilisé cet ordinateur personnel.

Q. Vous êtes-vous demandé si Richard Cole avait des attentes en matière de vie privée à l'égard de cet ordinateur?

R. Je me suis posé la question. J'avais reçu comme information qu'il s'agissait de l'ordinateur du conseil scolaire et que celui-ci en était propriétaire. Je n'ai jamais reçu comme information que cet ordinateur appartenait à M. Cole ou qu'il contenait des renseignements confidentiels. Et je suis intervenu lors de

on a laptop or on a computer. And the only information I had received about any private material that was on that computer came from Mr. Bourget [the school principal] and that was in regards to some images of Mr. Cole's — personal images of his wife and that was the only information I had in regards to any private information there.

[Defence Counsel Mr. Keaney]. Okay. And you decided not to get a search warrant before looking at that CD called the temporary Internet folder. Why?

A. Because of the same reasons as I explained with the laptop, that I believe that the data and the images were all part of that laptop and that that laptop belonged to the Rainbow District School Board.

A. . . . if I believe that there's a privacy interest I would get a warrant . . . for it, but based on the information I collected up until the examination of the computer, including the procedures, the data contained within and that would be, I guess, a subject to review, the data contained and created within being the Board's property, what they call their property, I didn't believe that that data belonged to Mr. Cole. [Emphasis added.]

[117] Apart from vague references to “privileged material”, the distinction that D.C. Burttt drew between the search of a shared home computer and that of a work computer was the fact that the laptop belonged to the School Board. He acknowledged that if he were searching a home computer used by several people, he would obtain a warrant “because [he] would be respecting the privacy of all those people on that personal computer”. The distinction for him appears to have been that “[m]ost of us don't put a ‘Property of Tim Burttt’ on the back of [a] computer as opposed to a property of an employer.” Indeed, immediately after this statement, D.C. Burttt reaffirmed that he did not get a warrant in Mr. Cole's case *because of the School Board's ownership of the laptop*. This echoes the repeated statements he made throughout his

situations où des renseignements confidentiels se trouvaient dans un ordinateur ou un ordinateur portatif. Et la seule information que j'ai reçue au sujet de renseignements personnels se trouvant dans cet ordinateur provenait de M. Bourget [le directeur de l'école] et concernait certaines images appartenant à M. Cole — des images personnelles de son épouse et il s'agit de la seule information que j'avais concernant des renseignements personnels là-dedans.

[L'avocat de la défense, M<sup>c</sup> Keaney]. D'accord. Et vous avez décidé de ne pas obtenir de mandat de perquisition avant d'examiner ce CD appelé le dossier Internet temporaire. Pourquoi?

R. Pour les raisons mêmes que j'ai expliquées relativement à l'ordinateur portatif, que je crois que les données et les images faisaient toutes partie de cet ordinateur portatif et que cet ordinateur portatif appartenait au Rainbow District School Board.

R. . . . si je crois qu'il existe un droit au respect de la vie privée, je vais obtenir un mandat [. . .] pour ça, mais d'après les renseignements que j'ai recueillis jusqu'à l'examen de l'ordinateur, y compris les procédures, les données qu'il contenait et qui pourraient, j'imagine, faire l'objet d'un contrôle, les données contenues et créées dedans étant la propriété du Conseil, ce qu'il appelle sa propriété, je ne croyais pas que ces données appartenaient à M. Cole. [Je souligne.]

[117] Outre de vagues allusions à [TRADUCTION] « des renseignements confidentiels », la distinction qu'a faite le gendarme-détective Burttt entre la fouille d'un ordinateur domestique partagé et celle d'un ordinateur de travail reposait sur le fait que l'ordinateur portatif appartenait au conseil scolaire. Il a reconnu que s'il avait fouillé un ordinateur domestique utilisé par plusieurs personnes, il aurait obtenu un mandat « parce [qu'il] respectera[i]t la vie privée de toutes ces personnes qui ont utilisé cet ordinateur personnel ». Selon lui, la distinction semble avoir été que, « [c]omme la plupart d'entre nous, je ne mets pas “Propriété de Tim Burttt” au dos [d'un] ordinateur comme pour la propriété d'un employeur ». D'ailleurs, immédiatement après cette affirmation, le gendarme-détective Burttt a répété qu'il n'avait pas obtenu de mandat dans le cas de

testimony to justify his failure to get a warrant or to conduct a further inquiry into the privacy interests at play.

[118] Despite acknowledging that there could be personal information on Mr. Cole's computer, and despite being told by the principal of the school that Mr. Cole kept personal photographs on it, there is no evidence that D.C. Burttt took any steps to discover the extent of the private information on Mr. Cole's computer before effecting a warrantless search.

[119] D.C. Burttt acknowledged that he knew about the private use that Mr. Cole made of the laptop before he looked at the content of the CDs. He knew that Mr. Cole had a password to his computer. He had also received statements confirming that the photos were in a hidden folder, that teachers regularly kept personal information on their laptops and that Mr. Cole specifically had "personal private information on his computer", namely the photos of his wife. In fact, D.C. Burttt even acknowledged that, in conducting a warrantless search of Mr. Cole's workplace computer, he knew there could be "personal stuff on there", and would make efforts to avoid it:

Business computer or any computers may have some personal stuff on there. I can even use an example from our own computers that I know that officers may check a website and may send an e-mail. So some people will have a personal folder or a personal picture or something like that. I'll respect that because it's not what I'm looking for. Essentially I've been given information in regards to possible child pornography. Mr. Cole's wife is not part of the investigation and it's — when the forensic images obtain . . . It's hard to explain but the whole computer, when the . . . The forensic program takes all of the images, not just from one area. It takes it so that it can recreate a proper image. So when all those images come in I'm not particularly — I'm not looking for Mr. Cole's family pictures. I'm not looking for Mr.

M. Cole *parce que l'ordinateur portatif appartenait au conseil scolaire.* Cela fait écho aux affirmations répétées qu'il a faites pendant son témoignage pour justifier son défaut d'obtenir un mandat ou de procéder à un examen plus poussé des intérêts en matière de vie privée en jeu.

[118] Bien qu'il ait reconnu que l'ordinateur de M. Cole puisse contenir des renseignements personnels, et que le directeur de l'école lui ait dit que M. Cole y conservait des photographies personnelles, rien ne prouve que le gendarme-détective Burttt a pris des mesures pour découvrir l'étendue des renseignements personnels se trouvant dans l'ordinateur de M. Cole avant d'effectuer une fouille sans mandat.

[119] Le gendarme-détective Burttt a reconnu qu'il savait, avant d'examiner le contenu des CD, que M. Cole faisait un usage privé de l'ordinateur portatif. Il savait que M. Cole avait un mot de passe pour son ordinateur. De plus, il avait reçu des déclarations confirmant que les photos se trouvaient dans un dossier caché, que les enseignants gardaient habituellement des renseignements personnels dans leur ordinateur portatif et que M. Cole avait plus particulièrement [TRADUCTION] « des renseignements personnels et privés dans son ordinateur », à savoir les photos de son épouse. En fait, le gendarme-détective Burttt a même reconnu que, lorsqu'il a effectué une fouille sans mandat de l'ordinateur de travail de M. Cole, il savait que l'ordinateur pouvait « contenir des choses personnelles », qu'il s'efforceraient d'éviter :

[TRADUCTION] Un ordinateur de travail ou tout ordinateur peut contenir des choses personnelles. Je peux même prendre l'exemple de nos propres ordinateurs avec lesquels, je le sais, les agents peuvent aller voir un site Web et peuvent envoyer un courriel. Certaines personnes vont avoir un dossier personnel ou une photo personnelle ou quelque chose comme ça. Je vais respecter ça parce que ce n'est pas ce que je cherche. Essentiellement, j'ai reçu des renseignements selon lesquels il pourrait s'agir de pornographie juvénile. L'épouse de M. Cole n'est pas visée par l'enquête et c'est — quand les images de l'expertise judiciaire obtiennent . . . C'est difficile à expliquer mais tout l'ordinateur, quand le . . . Le programme d'expertise judiciaire prend toutes les images, pas seulement dans une

Cole's financial records. I'm not looking for anything that may be in there. What I'm looking for are images of child pornography or improper Internet — not Internet searches but web browsing where there may be access of child pornography and illegal activity related to child pornography or any other offence. [Emphasis added.]

[120] D.C. Burttt would not have been able to rely on the School Board's ownership of an office desk for a warrantless search of Mr. Cole's personal files in the desk's drawer, in complete disregard for Mr. Cole's privacy interests (see *Buhay*). The same should be true of Mr. Cole's school-owned laptop.

[121] There were also no exigent circumstances or other legitimate reasons that forced the police to proceed without a warrant. As the trial judge noted, “[h]ad the legal route to accessing the data in that computer been followed, it is likely that it could have been obtained without alerting Richard Cole about what was transpiring.” There was therefore no urgent need on the part of the police to preserve the evidence.

[122] In his testimony, D.C. Burttt accepted that once he received the CDs and the laptop, he was confident that they would remain uncompromised, that their integrity would not be at issue, and that there was ample time to get a warrant. In fact, though he looked at the CDs immediately after seizing the materials on June 28, the laptop was not sent for forensic analysis until August 18, nearly two months later. This too weighs in favour of exclusion.

[123] It is also uncontested that D.C. Burttt not only had ample time to obtain a warrant, he had reasonable and probable grounds to do so. The relevance of this factor was recently discussed in *R. v. Côté*, [2011] 3 S.C.R. 215, where the Court said that the failure to obtain a warrant can either be a mitigating or an aggravating factor under the first

partie. Il les prend afin de pouvoir recréer une image adéquate. Alors quand toutes ces images arrivent, je ne suis pas particulièrement — je ne cherche pas les photos de famille de M. Cole. Je ne cherche pas les documents financiers de M. Cole. Je ne cherche rien qui pourrait s'y trouver. Ce que je cherche, ce sont des images de pornographie juvénile ou un usage inapproprié de l'Internet — pas des recherches sur l'Internet mais de la navigation sur le Web permettant d'accéder à de la pornographie juvénile et pouvant donner lieu à une activité illégale liée à la pornographie juvénile ou à toute autre infraction. [Je souligne.]

[120] Le gendarme-détective Burttt n'aurait pas pu invoquer le droit de propriété du conseil scolaire sur un bureau de travail pour effectuer une fouille sans mandat des dossiers personnels de M. Cole dans le tiroir du bureau, au mépris total du droit de M. Cole au respect de sa vie privée (voir l'arrêt *Buhay*). Il devrait en être de même pour l'ordinateur portatif que l'école fournit à M. Cole.

[121] Il n'y avait pas non plus de situation d'urgence ou d'autres motifs légitimes qui obligeaient la police à agir sans mandat. Comme l'a souligné le juge du procès, [TRADUCTION] « [s]i la voie légale permettant d'accéder aux données dans l'ordinateur avait été suivie, il est probable qu'il [le mandat] aurait pu être obtenu sans que Richard Cole soit prévenu de ce qui se passait ». La police n'avait donc aucun besoin urgent de préserver la preuve.

[122] Lors de son témoignage, le gendarme-détective Burttt a reconnu que, lorsqu'il a reçu les CD et l'ordinateur portatif, il était sûr qu'ils ne seraient pas compromis, que leur intégrité ne poserait pas de problème et qu'il avait amplement le temps d'obtenir un mandat. De fait, bien qu'il ait examiné les CD immédiatement après avoir saisi le matériel le 28 juin, l'ordinateur portatif n'a pas été envoyé pour analyse judiciaire avant le 18 août, soit près de deux mois plus tard. Cela aussi favorise l'exclusion.

[123] De plus, nul ne conteste le fait que non seulement le gendarme-détective Burttt a eu amplement le temps d'obtenir un mandat, mais qu'il avait les motifs raisonnables et probables requis pour le faire. La pertinence de ce facteur a récemment été examinée dans l'arrêt *R. c. Côté*, [2011] 3 R.C.S. 215, dans lequel la Cour a affirmé que l'absence de mandat



branch of the *Grant* test, depending on whether the police had a “legitimate” reason for it (*R. v. Grant*, [2009] 2 S.C.R. 353). In this case, it seems to me that the “legitimacy” of the warrantless search hinges on the finding that D.C. Burt’s good faith was compromised by his disregard for the established law. Since I see no reason justifying his decision not to get a warrant, this factor too mandates in favour of exclusion.

[124] The second aspect of the *Grant* test considers the impact on the *Charter*-protected interests of the accused. This factor “calls for an evaluation of the extent to which the breach actually undermined the interests protected by the right infringed” (*Grant*, at para. 76). The interest in this case is privacy. *Grant*, *R. v. Harrison*, [2009] 2 S.C.R. 494, and *Côté* address the key relevant concerns at play in determining the impact of a breach of a privacy interest in this case: the reasonable expectation of privacy and the extent of the intrusion.

[125] The reasonable expectation of privacy is central to assessing the impact of the breach on the accused’s *Charter*-protected interests. Even if it can be said that there is a diminished expectation of privacy in a workplace computer, this is not the end of the inquiry. The record shows that teachers at the school kept a great deal of personal information on their computers, a fact that was known both to the school and to D.C. Burt prior to the police search. Mr. Cole himself kept personal photos, financial records, tax records, and information about a property he owned on his computer. The search also included Mr. Cole’s Internet browsing history, which would provide an extensive, unfiltered view of many aspects of his life. As Justice Fish recognized, the information that was available on the search of Mr. Cole’s computer was “meaningful, intimate, and organically connected to his biographical core”.

peut constituer un facteur atténuant ou aggravant au regard du premier volet du test de l’arrêt *Grant*, selon que le policier avait un motif « légitime » de ne pas le demander (*R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353). En l’espèce, il me semble que la « légitimité » de la fouille sans mandat repose sur la conclusion que la bonne foi du gendarme-détective Burt était compromise par son mépris du droit établi. Comme je ne vois aucune raison justifiant sa décision de ne pas obtenir de mandat, ce facteur milite aussi en faveur de l’exclusion.

[124] Le second volet du test de l’arrêt *Grant* concerne l’incidence qu’a la violation de la *Charte* sur les droits qu’elle garantit à l’accusé. Ce facteur « impose d’évaluer la portée réelle de l’atteinte aux intérêts protégés par le droit en cause » (*Grant*, par. 76). Le droit en cause en l’espèce est le droit au respect de la vie privée. Les arrêts *Grant*, *R. c. Harrison*, [2009] 2 R.C.S. 494, et *Côté* traitent des principales considérations pertinentes pour déterminer l’incidence d’une atteinte au droit au respect de la vie privée en l’espèce : l’attente raisonnable en matière de vie privée et l’ampleur de l’intrusion.

[125] L’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée est cruciale pour évaluer l’incidence de l’atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l’accusé. Même si l’on peut dire que l’attente en matière de vie privée à l’égard d’un ordinateur de travail est réduite, l’examen ne s’arrête pas là. Il ressort du dossier que les enseignants de l’école conservaient de nombreux renseignements personnels dans leurs ordinateurs, ce que savaient tant l’école que le gendarme-détective Burt avant la fouille policière. M. Cole lui-même gardait dans son ordinateur des photos personnelles, des documents financiers, des documents fiscaux et des renseignements concernant une propriété qui lui appartenait. La fouille comprenait également l’historique de navigation sur Internet de M. Cole, lequel offrait un aperçu détaillé et non censuré de nombreux aspects de sa vie. Comme l’a reconnu le juge Fish, les renseignements qui ont été rendus accessibles par la fouille de l’ordinateur de M. Cole étaient « significatifs, intimes et reliés organiquement à l’ensemble de ses renseignements biographiques ».

[126] The substantial amount of private information which was seized by the police from Mr. Cole's computer meant that it was a highly intrusive search. In other words, regardless of whether there is a diminished expectation of privacy in a workplace computer, the *extent* of the seizure in a given case should be relevant under s. 24(2). In *Harrison*, the Court asked whether "the breach [was] merely transient or trivial in its impact" and considered it a mitigating fact that, "[h]ad it not turned up incriminating evidence, the detention would have been brief" (paras. 28 and 30). In *Côté*, the Court noted that the police had conducted a two-hour warrantless search of the accused's home (para. 85). And in *Morelli*, the breadth of the search of the accused's computer was significant to the analysis (paras. 104-5).

[127] The warrantless search and seizure in this case included not only the impugned photos, but also the computer and a copy of the data on the hard drive. In other words, it had no restrictions as to scope. As a result, regardless of any diminished reasonable expectation of privacy in a workplace computer, the *extent* of the search of Mr. Cole's hard drive and browsing history was significant, which weighs in favour of exclusion.

[128] The fact that the police had reasonable and probable grounds to obtain a search warrant and discover the evidence does little to attenuate the intrusiveness of the search that actually occurred. As this Court explained in *Côté*,

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. [para. 84]

[126] Vu la quantité substantielle de renseignements privés que la police a saisis dans l'ordinateur de M. Cole, il s'agissait d'une fouille très envahissante. Autrement dit, peu importe qu'il existe ou non une attente réduite en matière de vie privée à l'égard d'un ordinateur de travail, l'*étendue* de la saisie dans un cas donné devrait être prise en compte pour l'application du par. 24(2). Dans l'arrêt *Harrison*, la Cour s'est demandée si « l'incidence de la violation était [. . .] simplement passagère ou anodine » et a considéré comme atténuant le fait que, « [s]i elle n'avait pas donné lieu à la découverte d'éléments de preuve incriminants, la détention aurait été brève » (par. 28 et 30). Dans l'arrêt *Côté*, la Cour a constaté que les policiers avaient effectué une perquisition sans mandat pendant deux heures dans la maison de l'accusée (par. 85). Et dans l'arrêt *Morelli*, l'ampleur de la fouille de l'ordinateur de l'accusé était importante pour les besoins de l'analyse (par. 104-105).

[127] La fouille et la saisie sans mandat en l'espèce visaient non seulement les photos en cause, mais également l'ordinateur et une copie des données sur le disque dur. Autrement dit, il n'y avait aucune restriction quant à leur étendue. En conséquence, indépendamment de toute diminution de l'attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard d'un ordinateur de travail, l'*étendue* de la fouille du disque dur de M. Cole et de son historique de navigation était importante, ce qui favorise l'exclusion.

[128] Le fait que la police ait eu les motifs raisonnables et probables requis pour obtenir un mandat de perquisition et découvrir les éléments de preuve n'est guère utile pour atténuer le caractère envahissant de la fouille effectuée en l'espèce. Comme notre Cour l'a expliqué dans *Côté*,

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. [par. 84]

[129] The third and final factor in *Grant* is society's interest in an adjudication on the merits, which "asks 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). Three considerations have been emphasized by the Court in weighing this factor: the reliability of the evidence, its importance to the prosecution's case, and the seriousness of the offence.

[130] First, "[i]f a breach . . . undermines the reliability of the evidence, this points in the direction of exclusion of the evidence" (*Grant*, at para. 81). While I agree with Justice Fish that the evidence in this case is reliable, a factor arguing in favour of admission, its importance to the prosecution's case is, it seems to me, minimal, and it can hardly be said to reach the level described in *Grant* of "effectively gut[ting] the prosecution" (para. 83).

[131] There is little evidence in this case about the particular relevance of the laptop and Internet browsing history, especially given that the pornographic photographs themselves, as well as the screenshot showing their location on Mr. Cole's computer, were both admitted. The Crown suggests that the information in the laptop, including the metadata accompanying the photos (data stored on each file that records when it was created and altered) and the Internet browsing history, help establish the context in which the files were downloaded and whether the files were viewed, copied or transmitted.

[132] At best, the Crown's need for Mr. Cole's *entire* hard drive and his browsing history in order to establish possession of child pornography, is highly speculative. In *Morelli*, the Court held that in order to be guilty of possession of child pornography, "one must knowingly acquire the underlying data files and store them in a place under one's control", such as by storing it on the hard

[129] Le troisième et dernier facteur établi dans l'arrêt *Grant*, l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond, « vise à 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). Lorsqu'elle a apprécié ce facteur, la Cour a mis l'accent sur trois considérations : la fiabilité des éléments de preuve, leur importance pour la poursuite et la gravité de l'infraction.

[130] Tout d'abord, « [i]l pourra y avoir lieu d'exclure des éléments de preuve si une violation [. . .] en compromet la fiabilité » (*Grant*, par. 81). Bien que je convienne avec le juge Fish que les éléments de preuve en cause sont fiables, un facteur militant en faveur de leur admission, leur importance pour la poursuite est, selon moi, minime, et il n'est guère possible d'affirmer, au sujet de leur exclusion qu'« en réalité, cette mesure est fatale pour la poursuite », une conséquence possible relevée dans l'arrêt *Grant* (par. 83).

[131] Il existe peu d'éléments de preuve en l'espèce au sujet de l'importance particulière que revêtent l'ordinateur portable et l'historique de navigation sur Internet, compte tenu en particulier du fait que les photographies pornographiques elles-mêmes ainsi que la capture d'écran indiquant l'endroit où elles se trouvent dans l'ordinateur de M. Cole ont été admises. Le ministère public affirme que les renseignements se trouvant dans l'ordinateur portable, y compris les métadonnées liées aux photos (des données stockées relativement à chaque fichier qui sont enregistrées lors de sa création et de sa modification) et l'historique de navigation sur Internet, permettent d'établir le contexte dans lequel les fichiers ont été téléchargés et si les fichiers ont été consultés, copiés ou transférés.

[132] Tout au plus, il est très hypothétique que le ministère public ait besoin de *tout* le disque dur de M. Cole et de son historique de navigation pour établir la possession de pornographie juvénile. Dans l'arrêt *Morelli*, la Cour a statué que pour être déclarée coupable de possession de pornographie juvénile, « la personne doit sciemment acquérir les fichiers de données sous-jacents et les garder dans

drive (para. 66). That knowledge and control can be inferred if the pornography is found in a folder where users typically keep their personal files.

[133] In Mr. Cole's case, the pornographic photos were stored in a folder under "My Documents" and the screenshot records their location. This location supports an inference that they were deliberately placed there by Mr. Cole. As a result, the Crown may well be able to establish possession without the metadata and browsing history.

[134] Finally, while the seriousness of the offence is a relevant factor to consider, *Grant* observed that it "has the potential to cut both ways". Section 24(2) is focussed on the longer-term reputation of the administration of justice. As a result, "while the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious, it also has a vital interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high" (para. 84). This statement was reaffirmed in *Harrison and Côté*, cases where the Court excluded evidence that was central to the prosecution of a serious offence. It seems to me that the result of these decisions is to seriously attenuate the impact of the seriousness of the offence in the s. 24(2) analysis.

[135] This brings us to balancing these factors. The *Charter*-infringing conduct in this case was serious in its disregard for central and well-established *Charter* standards. Nor were there any exigent circumstances or other legitimate reasons preventing the police from getting a warrant. The impact of the breach on Mr. Cole's *Charter*-protected interests, even assuming that his reasonable expectation of privacy was reduced because it was a workplace computer, was significant given the extent of the intrusion into his privacy. And while the evidence in this case is reliable, its

un lieu sous son contrôle », par exemple en les stockant sur le disque dur (par. 66). La connaissance et le contrôle peuvent être déduits si les documents pornographiques se trouvent dans un dossier où les utilisateurs conservent normalement leurs fichiers personnels.

[133] Dans le cas de M. Cole, les photographies pornographiques étaient stockées dans un dossier appelé « Mes documents » et la capture d'écran indique où elles se trouvent, ce qui permet de déduire que M. Cole les a placées à cet endroit délibérément. Par conséquent, le ministère public peut très bien être en mesure d'établir la possession sans recourir aux métadonnées et à l'historique de navigation.

[134] Enfin, si la gravité de l'infraction constitue un facteur qu'il importe d'examiner, la Cour a fait remarquer dans l'arrêt *Grant* que ce facteur « peut jouer dans les deux sens ». Le paragraphe 24(2) est axé sur la réputation à plus long terme du système de justice. En conséquence, « si la gravité d'une infraction accroît l'intérêt du public à ce qu'il y ait un jugement au fond, l'intérêt du public en l'irrécupérabilité du système de justice n'est pas moins vital, particulièrement lorsque l'accusé encourt de lourdes conséquences pénales » (par. 84). Cet énoncé a été confirmé dans les arrêts *Harrison et Côté*, deux affaires dans lesquelles la Cour a écarté des éléments de preuve qui étaient essentiels pour la poursuite intentée à l'égard d'une infraction grave. Il me semble que ces arrêts ont pour effet d'atténuer nettement l'incidence de la gravité de l'infraction sur l'analyse que requiert le par. 24(2).

[135] Cela nous amène à la pondération de ces facteurs. En l'espèce, la conduite attentatoire était grave parce que le policier a fait fi des normes fondamentales et bien établies relatives à la *Charte*. Il n'y avait pas non plus de situation d'urgence ou d'autres motifs légitimes qui empêchaient la police d'obtenir un mandat. L'incidence de l'atteinte aux droits que la *Charte* garantit à M. Cole, même si l'on suppose que son attente raisonnable en matière de vie privée était réduite parce qu'il s'agissait d'un ordinateur de travail, était importante vu l'ampleur de l'intrusion dans sa vie privée. Et bien que

importance to the prosecution's case is at best speculative. Balancing these factors, and in light of the deference owed to trial judges in applying s. 24(2), it seems to me that the trial judge was reasonable in excluding the evidence.

[136] I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, ABELLA J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Addario Law Group, Toronto; Ruby Shiller Chan, Toronto.*

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

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

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Dawe & Dineen, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Lax O'Sullivan Scott Lisus, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers: Hicks Morley Hamilton Stewart Storie, Toronto.*

les éléments de preuve en l'espèce soient fiables, leur importance pour la poursuite est tout au plus conjecturale. Après avoir soupesé ces facteurs, et compte tenu de la déférence accordée aux juges de première instance en ce qui a trait à l'application du par. 24(2), j'estime que le juge du procès a eu raison d'écarter les éléments de preuve.

[136] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, la juge ABELLA est dissidente.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé : Addario Law Group, Toronto; Ruby Shiller Chan, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton.*

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

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Dawe & Dineen, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Lax O'Sullivan Scott Lisus, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Canadian Association of Counsel to Employers : Hicks Morley Hamilton Stewart Storie, Toronto.*

**Charles Picot** *Appellant*

*v.*

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. PICOT**

**2012 SCC 54**

File No.: 34499.

2012: October 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEW BRUNSWICK

*Criminal law — Appeals — Evidence — Accused acquitted at trial of alleged indecent assault committed in 1975, on basis of reasonable doubt — Trial judge's failure to consider testimony on collateral matters which may have bolstered credibility of complainant does not constitute an error of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).*

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Richard, Bell and Quigg J.J.A.), 2011 NBCA 70, 395 N.B.R. (2d) 29, [2011] N.B.J. No. 516 (QL), 2011 CarswellNB 806, setting aside the accused's acquittal and ordering a new trial on a charge of indecent assault. Appeal allowed.

*Charles M. Gibson* and *Ian B. Houle*, for the appellant.

*François Doucet, Q.C.*, and *Pierre F. Roussel, Q.C.*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] LEBEL J. — We agree with Richard J.A., who dissented in the Court of Appeal, that the trial judge had acquitted the accused on the basis of a reasonable doubt and that he had committed no fatal error of law in reaching that decision. For these reasons,

**Charles Picot** *Appelant*

*c.*

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. PICOT**

**2012 CSC 54**

N<sup>o</sup> du greffe : 34499.

2012 : 19 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-  
BRUNSWICK

*Droit criminel — Appels — Preuve — Accusé acquitté au procès, sur la base d'un doute raisonnable, de l'accusation d'avoir commis un attentat à la pudeur en 1975 — L'omission du juge du procès de tenir compte d'un témoignage relatif à des questions incidentes et qui aurait pu étayer la crédibilité du plaignant ne constitue pas une erreur de droit — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Richard, Bell et Quigg), 2011 NBCA 70, 395 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 29, [2011] A.N.-B. n<sup>o</sup> 516 (QL), 2011 CarswellNB 807, qui a écarté l'acquittement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès à l'égard d'une accusation d'attentat à la pudeur. Pourvoi accueilli.

*Charles M. Gibson* et *Ian B. Houle*, pour l'appellant.

*François Doucet, c.r.*, et *Pierre F. Roussel, c.r.*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE LEBEL — Nous sommes d'accord avec le juge Richard, dissident en Cour d'appel, pour dire que le juge de première instance avait acquitté l'accusé sur la base d'un doute raisonnable et qu'il n'avait commis aucune erreur de droit

the appeal of the appellant Picot is allowed, the judgment of the New Brunswick Court of Appeal ordering a new trial is set aside and the acquittal of the appellant entered by Ouellette J. of the New Brunswick Court of Queen's Bench is restored.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of New Brunswick, Campbellton.*

déterminante en concluant ainsi. Pour ces motifs, nous accueillons le pourvoi de l'appellant Picot, nous cassons l'arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick ordonnant un nouveau procès et nous rétablissons le verdict d'acquittal de l'appellant prononcé par le juge Ouellette de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appellant : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Campbellton.*

**Ted Opitz** *Appellant*

v.

**Borys Wrzesnewskyj, Attorney General of Canada, Marc Mayrand (Chief Electoral Officer), Allan Sperling (Returning Officer, Etobicoke Centre), Sarah Thompson and Katarina Zoricic** *Respondents*

- and -

**Borys Wrzesnewskyj** *Appellant*

v.

**Ted Opitz, Attorney General of Canada, Marc Mayrand (Chief Electoral Officer) and Allan Sperling (Returning Officer, Etobicoke Centre)** *Respondents*

and

**Keith Archer (Chief Electoral Officer of British Columbia), O. Brian Fjeldheim (Chief Electoral Officer of Alberta) and Canadian Civil Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: OPITZ v. WRZESNEWSKYJ**

**2012 SCC 55**

File No.: 34845.

2012: July 10; 2012: October 25.

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

ON APPEAL FROM THE ONTARIO SUPERIOR COURT OF JUSTICE

*Elections — Contested election application — Candidate defeated in federal election by a margin of 26 votes alleging “irregularities . . . that affected the result of the election” — Whether election in electoral district should be annulled — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 524(1)(b), 531(2).*

**Ted Opitz** *Appelant*

c.

**Borys Wrzesnewskyj, procureur général du Canada, Marc Mayrand (directeur général des élections), Allan Sperling (directeur de scrutin, Etobicoke-Centre), Sarah Thompson et Katarina Zoricic** *Intimés*

- et -

**Borys Wrzesnewskyj** *Appelant*

c.

**Ted Opitz, procureur général du Canada, Marc Mayrand (directeur général des élections) et Allan Sperling (directeur de scrutin, Etobicoke-Centre)** *Intimés*

et

**Keith Archer (Chief Electoral Officer of British Columbia), O. Brian Fjeldheim (Chief Electoral Officer of Alberta) et Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : OPITZ c. WRZESNEWSKYJ**

**2012 CSC 55**

N° du greffe : 34845.

2012 : 10 juillet; 2012 : 25 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DE JUSTICE DE L'ONTARIO

*Élections — Requête en contestation d'une élection — Allégations d'« irrégularité[s] [. . .] ayant influé sur le résultat de l'élection » formulées par un candidat défait par 26 voix à une élection fédérale — L'élection dans la circonscription doit-elle être annulée? — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 524(1)(b), 531(2).*



*Evidence — Fresh evidence — Relevance and reliability — Motion seeking to adduce evidence from national registry of electors on appeal — Whether fresh evidence should be admitted.*

O was the successful candidate in the electoral district of Etobicoke Centre for the 41st Canadian federal election, with a plurality of 26 votes. The runner-up, W, applied to have the election annulled, on the basis that there were “irregularities . . . that affected the result of the election” (s. 524(1)(b) of the *Canada Elections Act* (“Act”). The Ontario Superior Court of Justice granted the application, finding that 79 votes amounted to such irregularities and that, since this number exceeded the plurality of 26 votes, the election could not stand. O appealed to the Supreme Court of Canada as of right, and W cross-appealed (s. 532(1) of the Act). The Chief Electoral Officer and the returning officer for Etobicoke Centre also brought a motion for directions, seeking to adduce fresh evidence, pursuant to s. 62(3) of the *Supreme Court Act*.

*Held* (McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the cross-appeal should be dismissed. The motion to adduce fresh evidence should be dismissed.

*Per* Deschamps, Abella, Rothstein and Moldaver JJ.: W asks this Court to disqualify the votes of several Canadian citizens on account of administrative mistakes, notwithstanding evidence that those citizens were entitled to vote. The invitation to do so should be declined. There is no allegation in this case of any fraud or wrongdoing.

In accordance with s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and a plain reading of s. 6 of the Act, there are only three fundamental prerequisites to the right to vote (or “entitlement” to vote). A person must be 18 years of age or older, a Canadian citizen and a resident in the electoral district (or “riding”). The Act provides various procedural safeguards that allow persons to satisfy election officials that they are entitled to vote and prevent those not entitled to vote from voting. Examples of such procedural safeguards are the lists of electors, registration procedures and identification and vouching requirements.

Lower courts have taken two approaches to determining whether votes should be invalidated on account of irregularities. Under the strict procedural approach, a vote is invalid if an election official fails to follow any one of the procedures aimed at establishing entitlement. Under the substantive approach, an election

*Preuve — Nouvel élément de preuve — Pertinence et fiabilité — Requête en vue de présenter en appel une nouvelle preuve tirée du registre national des électeurs — Ce nouvel élément de preuve devrait-il être admis?*

O a remporté la 41<sup>e</sup> élection fédérale dans la circonscription d’Etobicoke-Centre par une majorité de 26 voix. W, le candidat qui s’est classé deuxième, a demandé, par voie de requête, l’annulation de l’élection pour cause d’« irrégularité[s] [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection » (al. 524(1)b) de la *Loi électorale du Canada* (« Loi »). La Cour supérieure de justice de l’Ontario a accueilli la requête estimant que 79 votes constituaient des irrégularités de ce type et que, comme ce nombre était supérieur à la majorité de 26 voix, l’élection ne pouvait être confirmée. O a interjeté appel de plein droit à la Cour suprême du Canada et W a formé un appel incident (par. 532(1) de la Loi). De plus, le directeur général des élections et le directeur du scrutin d’Etobicoke-Centre ont demandé des directives par voie de requête afin de produire une nouvelle preuve, conformément au par. 62(3) de la *Loi sur la Cour suprême*.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté. La requête en présentation d’une nouvelle preuve est rejetée.

*Les juges* Deschamps, Abella, Rothstein et Moldaver : W demande à la Cour de rejeter les votes de plusieurs citoyens canadiens en raison d’erreurs administratives même si, selon la preuve, ces citoyens avaient en fait le droit de voter. Il n’est pas fait droit à cette demande. Aucune allégation de fraude, de manœuvre frauduleuse ou d’acte illégal n’a été formulée.

Selon l’art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et les termes clairs de l’art. 6 de la Loi, le droit de voter est assujéti à seulement trois conditions fondamentales : avoir atteint l’âge de 18 ans, être citoyen canadien et résider dans la circonscription. La Loi établit différentes mesures de contrôle procédurales permettant à toute personne de convaincre les fonctionnaires électoraux qu’elle a le droit de voter et empêchant toute personne qui n’a pas le droit de voter de participer au scrutin. Ces mesures de contrôle procédurales comprennent, par exemple, les listes électorales, les procédures d’inscription et les exigences relatives à l’identification par un répondant.

Les tribunaux d’instance inférieure ont employé deux approches pour déterminer si des votes doivent être écartés pour cause d’irrégularités. Selon l’approche procédurale stricte, un vote est invalide si un fonctionnaire électoral ne respecte pas une procédure quelconque visant à établir le droit de voter. Suivant l’approche

official's failure to follow a procedural safeguard is not determinative. Only votes cast by persons not entitled to vote are invalid. The substantive approach should be adopted, as it effectuates the underlying *Charter* right to vote, not merely the procedures used to facilitate that right.

The substantive approach has two steps under s. 524(1)(b). First, an applicant must demonstrate that there was a breach of a statutory provision designed to establish the elector's entitlement to vote. An applicant who has successfully done so has established an "irregularity". Second, the applicant must demonstrate that someone not entitled to vote, voted. He may do so using circumstantial evidence. This second step establishes that the irregularity "affected the result" of the election. Under this approach, an applicant who has led evidence from which an "irregularity" could be found will have met his *prima facie* evidentiary burden. At that point, the respondent can point to evidence from which it may reasonably be inferred that no "irregularity" occurred or that, despite the "irregularity", the voter was in fact entitled to vote. After-the-fact evidence of entitlement is admissible. If the two steps are established, a vote is invalid. Finally, although a more realistic test may be developed in the future, the "magic number" test is used for the purposes of this application. It provides that an election should be annulled if the number of invalid votes is equal to or greater than the successful candidate's plurality.

Applying these principles to this appeal, at least 59 of the 79 votes disqualified by the application judge should be restored. The remaining 20 votes are less than O's plurality of 26. Although the remaining 20 votes are not discussed, there is no reason to believe that any of the 20 voters were not in fact entitled to vote. Because W has failed to establish that at least 26 votes should be disqualified, his application to annul the election should be dismissed.

The application judge made two errors of law. With respect to polls 31 and 426, he misstated the onus of proof five times, in the context of making crucial findings of fact, and it cannot be confidently said that he did not reverse the onus of proof. For polls 174 and 89, he failed to consider material evidence in reaching his findings. In light of these two errors of law, the application judge's findings at these polls are not entitled to

substantielle, le non-respect d'une mesure de contrôle procédurale par un fonctionnaire électoral n'est pas déterminant. Seuls les votes émanant de personnes qui n'ont pas le droit de voter sont invalides. L'approche substantielle est indiquée, parce qu'elle donne effet au droit de vote sous-jacent garanti par la *Charte* et non simplement aux procédures utilisées pour en faciliter l'exercice.

L'approche substantielle comporte deux étapes en application de l'al. 524(1)b). Premièrement, le requérant doit prouver qu'il y a eu manquement à une disposition législative visant à établir qu'un électeur a le droit de voter. Le requérant qui réussit à faire cette preuve établit ainsi l'existence d'une « irrégularité ». Deuxièmement, le requérant doit démontrer qu'une personne a voté sans en avoir le droit. Pour ce faire, il peut utiliser une preuve circonstancielle. Cette deuxième étape établit que l'irrégularité « [a] influé sur le résultat » de l'élection. Selon cette approche, le requérant s'acquitte du fardeau de preuve *prima facie* qui lui incombe en produisant une preuve qui permet de conclure à l'existence d'une « irrégularité ». À ce stade, l'intimé peut attirer l'attention sur un élément de preuve permettant raisonnablement de conclure soit qu'aucune « irrégularité » n'est survenue, soit que, malgré l'« irrégularité », l'électeur avait en fait le droit de voter. La preuve du droit de voter est admissible après coup. Si la preuve de ces deux éléments est établie, le vote est invalide. Enfin, bien qu'une méthode plus réaliste puisse être élaborée un jour, le critère du « nombre magique » est appliqué pour les besoins de la présente requête. Suivant ce critère, l'élection doit être annulée si le nombre de votes invalides est égal ou supérieur à la majorité du candidat élu.

Si l'on applique ces principes dans le présent pourvoi, 59 des 79 votes écartés par le juge saisi de la requête doivent être rétablis. Il reste donc 20 votes, soit un nombre inférieur à la majorité de 26 voix obtenue par O. Bien que les motifs ne traitent pas de ces 20 votes restants, rien ne permet de croire que l'un des 20 électeurs en cause n'avait en fait pas le droit de voter. W n'ayant pas réussi à établir qu'au moins 26 votes devaient être écartés, sa demande d'annulation de l'élection doit être rejetée.

Le juge saisi de la requête a commis deux erreurs de droit. En ce qui concerne les bureaux de scrutin n<sup>os</sup> 31 et 426, il a mal énoncé le fardeau de preuve à cinq occasions dans le contexte de conclusions de fait fondamentales et il est impossible d'affirmer en toute confiance qu'il n'a pas inversé le fardeau de la preuve. En ce qui concerne les bureaux de scrutin n<sup>os</sup> 174 et 89, il a tiré ses conclusions en ne tenant pas compte

deference. Because the evidence is exclusively documentary and the Act requires a contested election application to proceed without delay, it is incumbent on this Court to reach its own conclusion on the validity of the votes in these polling divisions rather than remit the case to the application judge for redetermination.

At polls 31 and 426, a total of 41 required registration certificates were missing. If the certificates were never completed this would amount to an “irregularity”, satisfying the first step of the test. Here, however, there was evidence that indicates the certificates were completed but were misplaced after the election. Considering the whole of the evidence, W failed to establish, on a balance of probabilities, that there was an “irregularity”. For 13 of these voters at poll 31, there was positive proof that they were entitled to vote. They were on the list of electors at poll 31 or at other polls in the riding. This evidence confirms the decision to restore these votes. Although the minority also restores these votes, their explanation for doing so is contrary to their position that a voter must establish his entitlement before receiving and casting a ballot.

At poll 174, eight individuals who were vouched for are identified in the poll book by their relationship to the person who vouched for them, rather than by their full name. There was, however, evidence in the list of electors from which it could be inferred that the vouching was properly conducted. W failed to establish an “irregularity”.

At poll 89, 10 registration certificates were not signed by the voters, but were instead signed only by the election official. With respect to these votes, W established that there was an “irregularity”. W failed, however, to show that the irregularity “affected the result” of the election. There was evidence from which it could reasonably be inferred that the 10 voters were entitled to vote and that the misplaced signatures were simply a clerical mistake.

The cross-appeal should be dismissed. There is no basis for interfering with the application judge’s

d’éléments de preuve importants. Compte tenu de ces deux erreurs de droit, il n’y a pas lieu de faire preuve de retenue à l’égard des conclusions du juge saisi de la requête relativement à ces bureaux de scrutin. La preuve étant constituée exclusivement de documents et la Loi exigeant qu’il soit statué sans délai sur une requête en contestation d’une élection, la Cour a le devoir de tirer ses propres conclusions sur la validité des votes dans ces bureaux de scrutin plutôt que de renvoyer l’affaire au juge saisi de la requête pour qu’il tire de nouvelles conclusions.

Dans les bureaux de scrutin n<sup>os</sup> 31 et 426, 41 certificats d’inscription au total n’ont pu être retrouvés. Si ces certificats n’ont jamais été remplis, ces manquements constituent des « irrégularités », de sorte qu’il est satisfait au premier volet du test applicable. Toutefois, en l’occurrence, des éléments de preuve indiquent que les certificats ont été remplis, mais ont été égarés après l’élection. Compte tenu de l’ensemble de la preuve, W n’a pas réussi à établir qu’il y a eu « irrégularité » selon la prépondérance des probabilités. Une preuve positive démontre que 13 de ces électeurs au bureau de scrutin n<sup>o</sup> 31 avaient le droit de voter. Ils figuraient sur la liste électorale établie pour la section de vote n<sup>o</sup> 31 ou pour d’autres sections de vote de la circonscription. Cette preuve confirme la décision de rétablir ces votes. Bien que les juges minoritaires les rétablissent aussi, l’explication qu’ils donnent à cet égard va à l’encontre de leur opinion selon laquelle un électeur doit établir son droit de voter avant de recevoir un bulletin de vote et de voter.

Au bureau de scrutin n<sup>o</sup> 174, huit personnes dont un autre électeur a répondu sont identifiées dans le cahier de scrutin par leur lien avec leur répondant plutôt que par leur nom au complet. Une preuve permettait cependant de déduire à partir de la liste électorale que la procédure d’identification par un répondant avait été suivie correctement. W n’a pas établi qu’il y a eu « irrégularité ».

Au bureau de scrutin n<sup>o</sup> 89, 10 certificats d’inscription n’ont pas été signés par l’électeur; ils ont plutôt été signés uniquement par le fonctionnaire électoral. W a établi une « irrégularité » à l’égard de ces votes. W n’a toutefois pas démontré que cette irrégularité a « influé sur le résultat » de l’élection. Il existait une preuve permettant raisonnablement de conclure que les 10 électeurs en cause avaient le droit de voter et que les signatures figurant au mauvais endroit représentaient une simple erreur d’écriture.

Le pourvoi incident doit être rejeté. Rien ne justifierait que les conclusions du juge saisi de la requête

findings with respect to the other votes in polls 16, 21, 31, 89, 400 and 426.

Evidence from the national register of electors can be relevant in contested election applications as proof of voters' entitlement. Given that the motion to adduce fresh evidence could only assist O, however, the evidence need not be considered.

*Per McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ. (dissenting):* The federal election in the riding of Etobicoke Centre should be annulled because of votes cast by individuals who were not entitled to vote under the Act.

An individual must be entitled to vote before casting a ballot for the Member of Parliament for the riding where she is ordinarily resident. The Act sets out a comprehensive scheme defining entitlement to vote. In general, there are three prerequisites: qualification, registration and identification. First, a voter must be qualified, by being a Canadian citizen and 18 years of age or older. Second, she must be registered, generally either by being on the list of electors or filing a registration certificate. Third, she must be properly identified at the polling station, whether by providing appropriate pieces of identification or by taking an oath and being vouched for by another elector.

Being a qualified elector, in terms of age and citizenship, is a necessary but not sufficient condition for entitlement to vote. The registration and identification prerequisites of entitlement must also be satisfied. These are fundamental safeguards for the integrity of the electoral system. Nothing in the Act suggests that a person who on election day is not entitled to vote should be permitted to do so and to establish her entitlement later.

A court may annul an election under s. 531(2) if the applicant establishes that there were "irregularities . . . that affected the result of the election" within the meaning of s. 524(1)(b). The term "irregularities" should be interpreted to mean failures to comply with the requirements of the Act, unless the deficiency is merely technical or trivial. For "irregularities" to have "affected the result of the election", they must be of a type that could affect the result of the election and impact a sufficient number of votes to have done so. Votes cast by persons not entitled to vote are irregularities that can affect the result of the election, because they are votes that should not have been cast. If the number of such votes equals or exceeds the winner's plurality, then the result

relativement aux bureaux de scrutin n<sup>os</sup> 16, 21, 31, 89, 400 et 426 soient modifiées.

La preuve tirée du registre national des électeurs peut être pertinente dans le cadre d'une requête en contestation d'une élection à titre de preuve du droit de voter des électeurs. Toutefois, la requête en vue de présenter une nouvelle preuve ne pouvant servir que la cause de O, il n'est pas nécessaire d'examiner cette preuve.

*La juge en chef McLachlin et les juges LeBel et Fish (dissidents):* L'élection fédérale tenue dans la circonscription d'Etobicoke-Centre doit être annulée parce que des personnes ont voté sans en avoir le droit selon la Loi.

Pour voter à l'élection du député de la circonscription dans laquelle elle réside habituellement, une personne doit avoir le droit de voter. La Loi établit un régime complet qui définit le droit de voter. De façon générale, ce droit est assujéti à trois conditions préalables : avoir qualité d'électeur, être inscrit et s'identifier. Premièrement, une personne doit avoir qualité d'électeur, en ayant la citoyenneté canadienne et en étant âgé de 18 ans ou plus. Deuxièmement, elle doit être inscrite, généralement en figurant déjà sur la liste électorale ou en déposant un certificat d'inscription. Troisièmement, elle doit s'identifier correctement au bureau de scrutin, en produisant des pièces d'identité adéquates ou en prêtant serment et en étant accompagnée d'un autre électeur qui répond d'elle.

Pour avoir le droit de voter, il faut avoir qualité d'électeur, c'est-à-dire satisfaire aux conditions relatives à la citoyenneté et à l'âge, mais cela ne suffit pas. Il faut également remplir les conditions d'inscription et d'identification. Ce sont des mesures de contrôle essentielles à l'intégrité du système électoral. Rien dans la Loi ne donne à penser qu'une personne n'ayant pas le droit de voter le jour du scrutin devrait néanmoins être admise à voter et à établir son droit de voter après coup.

Le tribunal peut prononcer l'annulation de l'élection si le requérant établit qu'il y a eu « irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat de l'élection » au sens de l'al. 524(1)(b). Il faut interpréter le terme « irrégularité » comme s'entendant du non-respect des exigences de la Loi, sauf s'il s'agit d'un manquement de pure forme ou insignifiant. Pour qu'une « irrégularité » ait « influé sur le résultat de l'élection », elle doit appartenir à la catégorie des irrégularités susceptibles d'influer sur le résultat de l'élection et toucher un nombre suffisant de votes pour avoir influé sur ce résultat. Les votes émanant de personnes qui n'ont pas le droit de voter constituent des irrégularités qui peuvent influencer sur le résultat de l'élection, parce qu'il s'agit de votes qui n'auraient pas

of the election is affected and the election should be annulled.

Since election results benefit from a presumption of regularity, the applicant bears the burden of establishing, on a balance of probabilities, that there were “irregularities . . . that affected the result of the election”. Here, the applicant had to establish that irregularities resulted in non-entitled voters casting votes. In the absence of palpable and overriding error, a judge’s conclusions on whether a voter complied with the entitlement provisions of the Act should not be disturbed.

In this case, the application judge applied the correct burden of proof and, while he improperly set aside some votes, he did not err with respect to 65 ballots cast by persons not entitled to vote. As this exceeds the winner’s plurality of 26 votes, the election should be annulled.

Irregularities in identification led the application judge to set aside votes at polls 21, 174, 502 and 30. He did not err in setting aside 27 votes on this basis. These votes were cast by individuals using the oath and vouching procedure under the Act to identify themselves at the polling station.

At poll 21 the evidence supported the application judge’s conclusion that vouching was required for eight voters but did not occur. Similarly, the judge did not err in concluding that any vouching that occurred for eight voters at poll 174 was improper. Finally, seven voters at poll 502 and four voters at poll 30 were vouched for by individuals not resident in the polling division at which they were vouching, contrary to the Act.

Irregularities in registration led the application judge to set aside votes cast under the registration certificate procedure at polls 426, 174, 89 and 31. He did not err in setting aside 38 votes on this basis. Individuals voting by registration certificate must make a declaration of qualification, certifying their age and citizenship. This requirement is vital to entitlement to vote.

The evidence supported the application judge’s conclusion that no declaration of qualification was made

dû être enregistrés. Si le nombre de ces votes est égal ou supérieur à la majorité du vainqueur, ils influent sur le résultat de l’élection et l’élection devrait être annulée.

Étant donné que les résultats électoraux bénéficient d’une présomption de régularité, il incombe au requérant d’établir, selon la prépondérance des probabilités, l’existence d’« irrégularité[s] [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection ». En l’occurrence, le requérant devait démontrer que des irrégularités ont fait en sorte que des électeurs ont voté sans en avoir le droit. En l’absence d’erreur manifeste et dominante, il n’y a pas lieu de modifier les conclusions d’un juge sur la question de savoir si un électeur a pris les mesures prescrites par la Loi pour avoir le droit de voter.

En l’espèce, le juge saisi de la requête a appliqué le bon fardeau de preuve et, bien qu’il ait écarté à tort certains votes, il n’a pas commis d’erreur à l’égard de 65 bulletins de vote émanant de personnes qui n’avaient pas le droit de voter. Comme ce nombre excède la majorité de 26 voix obtenue, l’élection doit être annulée.

Des irrégularités concernant l’identification ont amené le juge saisi de la requête à écarter des votes aux bureaux de scrutin n<sup>os</sup> 21, 174, 502 et 30. Il n’a pas commis d’erreur en rejetant 27 votes sur ce fondement. Ces votes émanaient de personnes qui ont utilisé la procédure relative à la prestation d’un serment et à l’identification par un répondant prévue par la Loi pour s’identifier au bureau de scrutin.

Au bureau de scrutin n<sup>o</sup> 21, la preuve étayait la conclusion du juge saisi de la requête que huit électeurs devaient être accompagnés d’un répondant, mais que personne n’avait répondu d’eux. De même, le juge n’a pas commis d’erreur en concluant que la procédure d’identification par un répondant n’avait pas été suivie correctement dans le cas de huit électeurs au bureau de scrutin n<sup>o</sup> 174. Enfin, les répondants de sept électeurs au bureau de scrutin n<sup>o</sup> 502 et de quatre électeurs au bureau de scrutin n<sup>o</sup> 30 ne résidaient pas dans la section de vote où ils ont agi à ce titre, comme l’exigeait la Loi.

Des irrégularités concernant l’inscription ont amené le juge saisi de la requête à écarter des votes enregistrés selon la procédure relative aux certificats d’inscription aux bureaux de scrutin n<sup>os</sup> 426, 174, 89 et 31. Il n’a pas commis d’erreur en rejetant 38 votes sur ce fondement. Les personnes qui votent sur remise d’un certificat d’inscription doivent signer une déclaration de qualité d’électeur, attestant leur âge et leur citoyenneté. Il s’agit d’une condition essentielle pour avoir le droit de voter.

Il existait des éléments de preuve à l’appui de la conclusion du juge saisi de la requête que 26 électeurs

for 26 registration certificate voters at poll 426. No registration certificates were found for these voters and the relevant pages of the poll book were blank. The application judge did not err in concluding that the required declaration was not made by one registration certificate voter at poll 174 and nine registration certificate voters at poll 89. The evidence supporting these findings included the absence of voter signatures from the declaration of qualification on the registration certificates.

Regarding 15 votes cast by registration certificate voters at poll 31, the evidence supported the application judge's conclusion that declarations of qualification were never made. The registration certificates could not be found. However, while two of those votes were properly set aside by the application judge, the remaining 13 should not have been. Three voters had already satisfied the registration prerequisite of entitlement by being on the list of electors for polling division 31. The remaining 10 voters were on lists of electors for other polling divisions within the electoral district. In the circumstances, the fact that votes were cast at the wrong polling station within the riding was a technical or trivial deficiency and not an irregularity within the meaning of s. 524(1)(b).

Since the 65 votes properly set aside exceed the 26-vote plurality, the election should be annulled.

The motion to adduce fresh evidence should be dismissed. After-the-fact information that a non-entitled voter was qualified is not relevant to whether he or she was entitled to receive a ballot on election day. Furthermore, the reliability of the evidence in this case is questionable. Moreover, admitting the evidence could not affect the disposition of the appeal, given the number of votes that were properly set aside by the application judge.

### Cases Cited

By Rothstein and Moldaver JJ.

**Applied:** *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517; **approved:** *Camsell v. Rabesca*, [1987] N.W.T.R. 186; *Flookes and Long v. Shrake* (1989), 100 A.R. 98; **disapproved:** *O'Brien v. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 87; *Nielsen v. Simmons* (1957), 14 D.L.R. (2d) 446; *Hogan*

ayant voté sur remise d'un certificat d'inscription au bureau de scrutin n° 426 n'ont pas signé de déclaration de qualité d'électeur. Aucun certificat d'inscription n'a été retrouvé pour ces électeurs et les pages pertinentes du cahier de scrutin sont demeurées vierges. Le juge saisi de la requête n'a pas commis d'erreur en concluant qu'un électeur au bureau de scrutin n° 174 et neuf électeurs au bureau de scrutin n° 89 n'avaient pas fait la déclaration requise. La preuve étayant ces conclusions consistait notamment en l'absence de la signature des électeurs sous la déclaration de qualité d'électeur sur le certificat d'inscription.

En ce qui concerne 15 électeurs ayant voté sur remise d'un certificat d'inscription au bureau de scrutin n° 31, il existait des éléments de preuve à l'appui de la conclusion du juge saisi de la requête que les électeurs n'avaient jamais attesté leur qualité d'électeur. Les certificats d'inscription n'ont pu être retrouvés. Néanmoins, bien que deux de ces votes aient été écartés à juste titre, les 13 autres n'auraient pas dû être rejetés. Trois électeurs avaient déjà satisfait à la condition concernant l'inscription pour avoir le droit de voter vu leur inclusion dans la liste électorale établie pour la section de vote n° 31. Les 10 autres électeurs figuraient sur la liste électorale établie pour d'autres sections de vote de la circonscription. Dans ces circonstances, le fait que ces électeurs aient voté au mauvais bureau de scrutin à l'intérieur de la circonscription constituait un manquement de pure forme ou insignifiant et ne constituait pas une irrégularité au sens de l'al. 524(1)(b).

Comme 65 votes ont été écartés à bon droit et comme ce nombre est supérieur à la majorité de 26 voix obtenue, l'élection doit être annulée.

La requête en présentation d'une nouvelle preuve doit être rejetée. Les renseignements obtenus après coup sur la qualité d'électeur d'une personne n'ayant pas le droit de voter ne jouent pas pour établir si cette personne pouvait recevoir un bulletin de vote le jour du scrutin. Par ailleurs, la preuve en cause ici est d'une fiabilité douteuse. En outre, l'admission de cette preuve n'aurait aucune incidence sur l'issue de l'appel, compte tenu du nombre de votes rejetés à bon droit par le juge saisi de la requête.

### Jurisprudence

Citée par les juges Rothstein et Moldaver

**Arrêt appliqué :** *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517; **arrêts approuvés :** *Camsell c. Rabesca*, [1987] N.W.T.R. 186; *Flookes and Long c. Shrake* (1989), 100 A.R. 98; **arrêts critiqués :** *O'Brien c. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 87; *Nielsen c.*

*v. Careen and Hickey* (1993), 116 Nfld. & P.E.I.R. 310; *Blanchard v. Cole*, [1950] 4 D.L.R. 316; **referred to:** *Figuroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912; *Henry v. Canada (Attorney General)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70; *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481, aff'd [1993] 2 S.C.R. 438; *Belczowski v. Canada*, [1992] 2 F.C. 440, aff'd [1993] 2 S.C.R. 438; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Longley v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 852, 88 O.R. (3d) 408, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. x; 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *Cusimano v. Toronto (City)*, 2011 ONSC 7271, 287 O.A.C. 355; *Abrahamson v. Baker and Smishek* (1964), 48 D.L.R. (2d) 725; *Beamish v. Miltenberger*, [1997] N.W.T.R. 160.

By McLachlin C.J. (dissenting)

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Knott*, 2012 SCC 42, [2012] 2 S.C.R. 470; *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827; *Henry v. Canada (Attorney General)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Beamish v. Miltenberger*, [1997] N.W.T.R. 160; *Wright v. Koziak*, [1981] 1 W.W.R. 449; *Morgan v. Simpson*, [1974] 3 All E.R. 722; *O'Brien v. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 87; *Blanchard v. Cole*, [1950] 4 D.L.R. 316; *McMechan v. Dow* (1968), 67 D.L.R. (2d) 56; *Pharmascience Inc. v. Binet*, 2006 SCC 48, [2006] 2 S.C.R. 513; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Dewdney Election Case*, [1925] 3 D.L.R. 770; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, Part 1, ss. 3, 6, 32, 44, 93, 96 et seq., 106, 109, 120(1), 125, Part 9, 143, 144, 148.1, 149, 161, 162, 509, 510, 511, 517, Part 20, 524, 525(3), 531, 532(1), 538.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 3, 33.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 40, 51, 51A.  
*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, rr. 3, 47.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 62(3).

*Simmons* (1957), 14 D.L.R. (2d) 446; *Hogan c. Careen and Hickey* (1993), 116 Nfld. & P.E.I.R. 310; *Blanchard c. Cole*, [1950] 4 D.L.R. 316; **arrêts mentionnés :** *Figuroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912; *Henry c. Canada (Attorney General)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70; *Sauvé c. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481, conf. par [1993] 2 R.C.S. 438; *Belczowski c. Canada*, [1992] 2 C.F. 440, conf. par [1993] 2 R.C.S. 438; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Longley c. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 852, 88 O.R. (3d) 408, autorisation d'appel refusée, [2008] 1 R.C.S. x; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *Cusimano c. Toronto (City)*, 2011 ONSC 7271, 287 O.A.C. 355; *Abrahamson c. Baker and Smishek* (1964), 48 D.L.R. (2d) 725; *Beamish c. Miltenberger*, [1997] N.W.T.R. 160.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente)

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Knott*, 2012 CSC 42, [2012] 2 R.C.S. 470; *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827; *Henry c. Canada (Attorney General)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Beamish c. Miltenberger*, [1997] N.W.T.R. 160; *Wright c. Koziak*, [1981] 1 W.W.R. 449; *Morgan c. Simpson*, [1974] 3 All E.R. 722; *O'Brien c. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 87; *Blanchard c. Cole*, [1950] 4 D.L.R. 316; *McMechan c. Dow* (1968), 67 D.L.R. (2d) 56; *Pharmascience inc. c. Binet*, 2006 CSC 48, [2006] 2 R.C.S. 513; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Dewdney Election Case*, [1925] 3 D.L.R. 770; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 3, 33.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 40, 51, 51A.  
*Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, partie 1, art. 3, 6, 32, 44, 93, 96 et suiv., 106, 109, 120(1), 125, partie 9, 143, 144, 148.1, 149, 161, 162, 509, 510, 511, 517, partie 20, 524, 525(3), 531, 532(1), 538.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 62(3).  
*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, r. 3, 47.

**Authors Cited**

Boyer, J. Patrick. *Election Law in Canada: The Law and Procedure of Federal, Provincial and Territorial Elections*, vol. I. Toronto: Butterworths, 1987.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Huefner, Steven F. "Remedying Election Wrongs" (2007), 44 *Harv. J. on Legis.* 265.

*Oxford English Dictionary*, 2nd ed., vol. VIII. Oxford: Clarendon Press, 1989, "irregular".

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Superior Court of Justice (Lederer J.), 2012 ONSC 2873, 110 O.R. (3d) 350, [2012] O.J. No. 2308 (QL), 2012 CarswellOnt 6422, allowing a contested election application. Appeal allowed and cross-appeal dismissed, McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ. dissenting.

*W. Thomas Barlow, Kent E. Thomson, Matthew I. Milne-Smith and Nicholas Shkordoff*, for the appellant/respondent Ted Opitz.

*Gavin J. Tighe, Stephen A. Thiele and Guy Régimbald*, for the respondent/appellant Borys Wrzesnewskyj.

*David Di Paolo, Alessandra Nosko and Trevor Knight*, for the respondents Marc Mayrand (Chief Electoral Officer) and Allan Sperling (Returning Officer, Etobicoke Centre).

Written submissions only by the respondent Sarah Thompson.

*Harold Turnham*, for the intervener Keith Archer (Chief Electoral Officer of British Columbia).

*William W. Shores, Q.C., and Fiona Vance*, for the intervener O. Brian Fjeldheim (Chief Electoral Officer of Alberta).

*Allison A. Thornton and Shashu Clacken Reyes*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

**Doctrine et autres documents cités**

Boyer, J. Patrick. *Election Law in Canada : The Law and Procedure of Federal, Provincial and Territorial Elections*, vol. I. Toronto : Butterworths, 1987.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

*Grand Robert de la langue française* (version électronique), « irrégulier ».

Huefner, Steven F. « Remedying Election Wrongs » (2007), 44 *Harv. J. on Legis.* 265.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un jugement de la Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Lederer), 2012 ONSC 2873, 110 O.R. (3d) 350, [2012] O.J. No. 2308 (QL), 2012 CarswellOnt 6422, accueillant une requête en contestation d'une élection. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges LeBel et Fish sont dissidents.

*W. Thomas Barlow, Kent E. Thomson, Matthew I. Milne-Smith et Nicholas Shkordoff*, pour l'appellant/intimé Ted Opitz.

*Gavin J. Tighe, Stephen A. Thiele et Guy Régimbald*, pour l'intimé/appellant Borys Wrzesnewskyj.

*David Di Paolo, Alessandra Nosko et Trevor Knight*, pour les intimés Marc Mayrand (directeur général des élections) et Allan Sperling (directeur de scrutin, Etobicoke-Centre).

Argumentation écrite seulement de l'intimée Sarah Thompson.

*Harold Turnham*, pour l'intervenant Keith Archer (Chief Electoral Officer of British Columbia).

*William W. Shores, c.r., et Fiona Vance*, pour l'intervenant O. Brian Fjeldheim (Chief Electoral Officer of Alberta).

*Allison A. Thornton et Shashu Clacken Reyes*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.



No one appeared for the respondent the Attorney General of Canada.

No one appeared for the respondent Katarina Zoricic.

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

ROTHSTEIN AND MOLDAVER JJ. —

### I. Introduction

[1] A candidate who lost in a close federal election attempts to set aside the result of that election. We are asked to disqualify the votes of several Canadian citizens based on administrative mistakes, notwithstanding evidence that those citizens were in fact entitled to vote. We decline the invitation to do so. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9 (“Act”), have the clear and historic purposes of enfranchising Canadian citizens, such that they may express their democratic preference, and of protecting the integrity of our electoral process. Following these objectives and the wording of the Act, we reject the candidate’s attempt to disenfranchise entitled voters and so undermine public confidence in the electoral process.

[2] At issue in this appeal are the principles to be applied when a federal election is challenged on the basis of “irregularities”. We are dealing here with a challenge based on administrative errors. There is no allegation of any fraud, corruption or illegal practices. Nor is there any suggestion of wrongdoing by any candidate or political party. Given the complexity of administering a federal election, the tens of thousands of election workers involved, many of whom have no on-the-job experience, and the short time frame for hiring and training them, it is inevitable that administrative mistakes will be made. If elections can be easily annulled on the basis of administrative errors, public confidence in the finality and legitimacy of election results will

Personne n’a comparu pour l’intimé le procureur général du Canada.

Personne n’a comparu pour l’intimée Katarina Zoricic.

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

LES JUGES ROTHSTEIN ET MOLDAVER —

### I. Introduction

[1] Un candidat défait de justesse lors d’une élection fédérale tente d’obtenir l’annulation du résultat du scrutin. On nous demande de rejeter les votes de plusieurs citoyens canadiens en raison d’erreurs administratives même si, selon la preuve, ces citoyens avaient en fait le droit de voter. Nous ne ferons pas droit à cette demande. La *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9 (« Loi »), visent clairement depuis toujours à favoriser la participation au scrutin pour les citoyens canadiens, afin qu’ils expriment démocratiquement leurs préférences, et à préserver l’intégrité de notre processus électoral. Compte tenu de ces objets et du libellé de la Loi, nous rejetons la tentative de ce candidat d’empêcher des électeurs ayant le droit de voter de participer au scrutin et d’ébranler ainsi la confiance du public dans le processus électoral.

[2] Le pourvoi porte sur les principes applicables dans les cas où une élection fédérale est contestée pour cause d’« irrégularité ». Nous sommes ici en présence d’une contestation fondée sur des erreurs administratives. Personne n’a allégué quelque fraude, manœuvre frauduleuse ni acte illégal que ce soit. Rien n’indique non plus qu’un acte répréhensible a été commis par un candidat ou un parti politique quelconque. Vu la complexité de l’administration d’une élection fédérale, les dizaines de milliers de travailleurs électoraux en cause, dont beaucoup n’ont aucune expérience pratique, et la courte période durant laquelle il faut les embaucher et les former, les erreurs administratives sont inévitables. Si les élections peuvent être facilement

be eroded. Only irregularities that affect the result of the election and thereby undermine the integrity of the electoral process are grounds for overturning an election.

[3] The 41st Canadian federal election took place on May 2, 2011. In the electoral district (or “riding”) of Etobicoke Centre, 52,794 votes were cast. After a judicial recount, Ted Opitz was the successful candidate with a plurality of 26 votes. Borys Wrzesnewskyj was the runner-up.

[4] Mr. Wrzesnewskyj applied under s. 524(1)(b) of the Act, to have the election annulled, on the basis that there were “irregularities . . . that affected the result of the election”. The relevant provisions of the Act are contained in the Appendix to these reasons. The application was heard by Justice Lederer of the Ontario Superior Court of Justice (2012 ONSC 2873, 110 O.R. (3d) 350). Lederer J. concluded that 79 votes amounted to irregularities that affected the result of the election. He declared the election “null and void” (para. 154). Mr. Opitz appealed as of right to this Court and Mr. Wrzesnewskyj cross-appealed (s. 532(1) of the Act).

[5] For the reasons that follow, we would allow the appeal and dismiss the cross-appeal. While we have only discussed 59 votes in these reasons, from our analysis of all of the evidence, we have no reason to believe that any of the other 20 voters did not in fact have the right to vote.

II. Ontario Superior Court of Justice, 2012 ONSC 2873, 110 O.R. (3d) 350

[6] The application proceeded on the basis that no fraud or wrongdoing was alleged. The submissions were restricted to alleged irregularities. In conformity with the statutory direction to resolve the contest in a summary way (s. 525(3) of the Act), Mr. Wrzesnewskyj agreed to limit his submissions

annulées sur la base d’erreurs administratives, la confiance du public dans le caractère définitif et la légitimité des résultats électoraux s’en trouvera affaiblie. Seules des irrégularités influant sur le résultat de l’élection et entachant par le fait même l’intégrité du processus électoral justifient l’annulation d’une élection.

[3] La 41<sup>e</sup> élection fédérale canadienne a eu lieu le 2 mai 2011. Cinquante-deux mille sept cent quatre-vingt-quatorze personnes ont voté dans la circonscription d’Etobicoke-Centre. Ted Opitz a été élu avec une majorité de 26 voix à l’issue d’un dépouillement judiciaire. Borys Wrzesnewskyj s’est classé deuxième.

[4] M. Wrzesnewskyj a demandé l’annulation de l’élection en vertu de l’al. 524(1)b) de la Loi, pour cause d’« irrégularité[s] [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection ». Les dispositions pertinentes de la Loi sont reproduites en annexe des présents motifs. La requête a été entendue par le juge Lederer, de la Cour supérieure de justice de l’Ontario (2012 ONSC 2873, 110 O.R. (3d) 350), qui a conclu que 79 votes constituaient des irrégularités ayant influé sur le résultat de l’élection. Il a constaté la [TRADUCTION] « nullité » de l’élection de M. Opitz (par. 154). Ce dernier s’est pourvu de plein droit devant notre Cour et M. Wrzesnewskyj a formé un appel incident (par. 532(1) de la Loi).

[5] Pour les motifs exposés ci-après, nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi et de rejeter l’appel incident. Même s’il n’est question que de 59 votes dans les présents motifs, nous n’avons aucune raison de croire, après avoir analysé toute la preuve, que l’un des 20 autres électeurs n’avait en fait pas le droit de vote.

II. Cour supérieure de justice de l’Ontario, 2012 ONSC 2873, 110 O.R. (3d) 350

[6] La Cour supérieure de justice a entendu la requête en considérant qu’elle ne comportait aucune allégation de fraude ou d’acte répréhensible. Le débat n’a porté que sur de prétendues irrégularités. Conformément à la directive législative portant que le litige doit être réglé selon la procédure

to alleged irregularities at 10 of the more than 230 polls that made up the electoral district of Etobicoke Centre.

[7] The application judge first observed that when examining the conduct of an election, there is a presumption that it was conducted in accordance with the requirements of the governing legislation (para. 26). He further found that the onus was on the applicant throughout to prove, on a balance of probabilities, that there were irregularities and that they affected the result (paras. 45 and 51).

[8] The application judge next determined that the purpose of the Act was to enfranchise Canadian citizens (paras. 56–60). Hence, the legislation was to be interpreted liberally because a strict interpretation could detract from that goal. However, he also found that the word “irregularity”, an undefined term in the Act, should be given a broad interpretation (paras. 62 and 67).

[9] Finally, in determining whether an irregularity “affected the result of the election”, the application judge concluded that if the number of irregular votes exceeded the plurality of the winning candidate, in this case 26, the election could not stand (para. 71). The application judge set aside a total of 79 votes. Because the number of votes set aside, 79, exceeded the plurality of 26, he declared the election “null and void”.

### III. Analysis

#### A. *The Canada Elections Act*

[10] The right of every citizen to vote, guaranteed by s. 3 of the *Charter*, lies at the heart of Canadian democracy. The franchise has gradually broadened in Canada over the course of history from male property owners 21 years of age and older to the present universal suffrage of citizens aged 18 and over. Universal suffrage is reflected in s. 3 of the Act, which provides that a person is “qualified” to vote if he or she is a Canadian citizen and is 18 years of age or older.

sommaire (par. 525(3) de la Loi), M. Wrzesnewskyj a accepté de limiter ses allégations d’irrégularités à 10 bureaux de scrutin de la circonscription d’Etobicoke-Centre, qui en comptait plus de 230.

[7] Le juge saisi de la requête a d’abord précisé qu’une élection est présumée avoir été tenue en conformité avec la loi applicable (par. 26). Selon lui, il incombe toujours au requérant d’établir selon la prépondérance des probabilités que des irrégularités sont survenues et qu’elles ont influé sur le résultat (par. 45 et 51).

[8] Le juge saisi de la requête a ensuite conclu que la Loi a pour objet de faciliter la participation au scrutin pour les citoyens canadiens (par. 56–60). La Loi doit donc recevoir une interprétation libérale, parce que l’interpréter strictement pourrait nuire à la réalisation de cet objet. Par contre, il a aussi statué que le terme « irrégularité », non défini dans la Loi, doit recevoir une interprétation large (par. 62 et 67).

[9] Enfin, lorsqu’il a déterminé si une irrégularité avait « influé sur le résultat de l’élection », le juge saisi de la requête a constaté que la validité de l’élection ne pouvait être confirmée si le nombre de votes irréguliers dépassait la majorité du candidat élu, en l’occurrence 26 voix (par. 71). Or, il a écarté 79 votes en tout et, comme ce nombre était supérieur à la majorité de 26 voix, il a constaté la [TRADUCTION] « nullité » de l’élection.

### III. Analyse

#### A. *La Loi électorale du Canada*

[10] Le droit de vote, garanti à tout citoyen par l’art. 3 de la *Charte*, est au cœur même de la démocratie canadienne. Le droit de participer au scrutin s’est étendu progressivement au Canada; d’abord réservé aux propriétaires terriens de sexe masculin âgés de 21 ans ou plus, il est maintenant reconnu à tous les citoyens âgés d’au moins 18 ans. Le suffrage universel trouve son expression dans l’art. 3 de la Loi, qui accorde la « qualité » d’électeur à toute personne qui est citoyen canadien et qui a atteint l’âge de 18 ans.

[11] Canada is divided into “electoral districts” (commonly known as “ridings”): *Charter*, s. 3, and *Constitution Act, 1867*, ss. 40, 51 and 51A. Etobicoke Centre is an electoral district. Section 6 of the Act requires that a qualified elector be ordinarily resident in one of the polling divisions within the electoral district. Persons who are qualified as electors are entitled to vote for a member of Parliament for the electoral district in which the elector is ordinarily resident.

[12] The Act also sets out detailed procedures for voting that turn the constitutional right of citizens to vote into a reality on election day. What follows is a brief description of the procedural provisions that give rise to the issues in this appeal.

[13] Electoral districts in Canada are subdivided into polling divisions, each of which contains at least 250 electors (s. 538 of the Act). For each polling division, a returning officer establishes one or more polling stations (s. 120(1)). Each polling division considered in this judgment had only one polling station. Each station is overseen by a deputy returning officer (“DRO”) and a poll clerk (s. 32). Sometimes several polling divisions may have polling stations in the same building, at separate tables. Certain polling divisions cover only residents of two or more institutions, often senior citizens’ residences. In such cases, the returning officer can establish “mobile” polling stations to be located in each of the institutions (ss. 125 and 538(5)). The Chief Electoral Officer (“CEO”) is required to maintain a national register of electors (“NROE”) containing the name, sex, date of birth and address of electors (s. 44). Between elections, the CEO updates the NROE using data from various government sources. Shortly after an election is called, the CEO prepares a preliminary list of electors (“PLE”) for each polling division, based on the NROE (s. 93). A process of revision of the PLE is then undertaken (ss. 96 ff.). Before polling day, official lists of electors (“OLEs”) are prepared for use at each polling station (s. 106).

[11] Le Canada se divise en « circonscriptions » (aussi appelées « districts électoraux ») : *Charte*, art. 3, et *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 40, 51 et 51A. Etobicoke-Centre est une circonscription. L’article 6 de la Loi exige qu’une personne qui a qualité d’électeur réside habituellement dans l’une des sections de vote de la circonscription. Les personnes qui ont qualité d’électeur ont le droit de voter pour élire le député de la circonscription dans laquelle elles résident habituellement.

[12] La Loi prévoit aussi des procédures de scrutin détaillées qui permettent aux citoyens d’exercer concrètement leur droit de vote garanti par la Constitution le jour du scrutin. Dans les paragraphes qui suivent, nous décrirons brièvement les dispositions procédurales à l’origine des questions en litige dans le pourvoi.

[13] Au Canada, les circonscriptions se divisent en sections de vote dont chacune compte au moins 250 électeurs (art. 538 de la Loi). Pour chaque section de vote, le directeur du scrutin établit un ou plusieurs bureaux de scrutin (par. 120(1)). Un seul bureau de scrutin avait été établi pour chacune des sections de vote dont il est question dans le présent arrêt. Chaque bureau est supervisé par un scrutateur et un greffier du scrutin (art. 32). Il arrive parfois que les bureaux de scrutin de plusieurs sections de vote se trouvent dans le même immeuble, à des tables différentes. Certaines sections de vote ne comprennent que les résidents de deux établissements ou plus, qui sont souvent des résidences pour personnes âgées. Dans ce cas, le directeur du scrutin peut établir des bureaux de scrutin « itinérants » situés dans chacun des établissements (art. 125 et par. 538(5)). Le directeur général des élections (« DGÉ ») doit tenir un registre national des électeurs (« RNÉ ») qui contient les nom, sexe, date de naissance et adresse des électeurs (art. 44). Entre les élections, le DGÉ met le RNÉ à jour au moyen de données provenant de diverses sources gouvernementales. Peu après l’annonce d’une élection, le DGÉ dresse une liste préliminaire des électeurs (« LPÉ ») pour chaque section de vote en se fondant sur le RNÉ (art. 93). On procède ensuite à la révision de la LPÉ (art. 96 et suiv.). Avant le jour du scrutin, des listes électorales officielles (« LÉO ») sont dressées pour utilisation à chaque bureau de scrutin (art. 106).

[14] Many electors will be on the OLE of their assigned polling division, by “enumeration”. Since age and citizenship are prerequisites for inclusion on the OLE, those listed do not have to establish their age and citizenship when they come to vote. To vote, these electors must prove their identity and residence by one of three means: (a) providing government-issued identification with photo and address (s. 143(2)(a)); (b) providing two pieces of authorized identification, at least one of which establishes their address (s. 143(2)(b)); or (c) taking a prescribed oath and being vouched for by someone on the OLE in the same polling division (s. 143(3)). Once identity and residence are established, the voter is given a ballot.

[15] Electors who are not on the OLE can have their names added on election day by the process of “registration” (s. 161(1)). To register, the elector must provide proof of identity and residence. Where the elector satisfies these requirements, the DRO will complete a registration certificate and the elector will sign it (s. 161(4)). Electors who register must also establish their age and citizenship. This is accomplished by signing a declaration to that effect, which appears on the registration certificate.

[16] Section 161(5) of the Act provides that, where a registration certificate is completed, the OLE is deemed to have been modified in accordance with the certificate. After polling day, the returning officer uses the registration certificates to update the OLE, and the CEO creates a final list of electors (“FLE”) for each electoral district (s. 109). The FLE is an updated list containing the names of those electors who were enumerated on the OLE as well as those who voted by registration.

[17] Vouching is a procedure designed to enable persons to vote who lack appropriate identification. An elector may prove his or her identity by being vouched for by a person whose name appears on the list of electors for the same polling division. A voucher can only vouch once. A person who has been vouched for cannot vouch for someone else in the same election (s. 161(1)(b), (6) and (7)).

[14] Bon nombre d'électeurs figurent déjà sur la LÉO de la section de vote qui leur est assignée. Comme l'âge et la citoyenneté sont des conditions préalables à l'inscription sur la LÉO, une personne inscrite sur celle-ci n'a pas à établir son âge et sa citoyenneté quand elle se présente pour voter. Elle doit toutefois établir son identité et sa résidence de l'une des trois façons suivantes : (a) présenter une pièce d'identité délivrée par un gouvernement et comportant sa photographie et son adresse (al. 143(2)a)); (b) présenter deux pièces d'identité autorisées dont au moins une établit son adresse (al. 143(2)b)); ou (c) prêter le serment prescrit et avoir comme répondant un électeur inscrit sur la LÉO de la même section de vote (par. 143(3)). Une fois son identité et sa résidence établies, l'électeur reçoit un bulletin de vote.

[15] Les électeurs qui ne figurent pas sur la LÉO peuvent, le jour du scrutin, y faire ajouter leur nom par voie d'« inscription » (par. 161(1)). Pour ce faire, l'électeur doit établir son identité et sa résidence. Si l'électeur satisfait à ces exigences, le scrutateur remplit un certificat d'inscription et le fait signer par l'électeur (par. 161(4)). Les électeurs qui s'inscrivent ainsi sont tenus d'établir aussi leur âge et leur citoyenneté. Ils le font en signant une déclaration à cet effet sur le certificat d'inscription.

[16] Selon le par. 161(5) de la Loi, la LÉO est réputée avoir été modifiée en conformité avec tout certificat d'inscription délivré. Après le jour du scrutin, le directeur du scrutin utilise les certificats d'inscription pour mettre la LÉO à jour et le DGÉ dresse une liste électorale définitive (« LÉD ») pour chaque circonscription (art. 109). La LÉD est une liste à jour des électeurs inscrits à l'origine sur la LÉO et de ceux qui ont voté en s'inscrivant le jour du scrutin.

[17] La procédure d'identification par un répondant vise à permettre aux personnes qui n'ont pas de pièces d'identité adéquates de voter. L'électeur peut établir son identité à l'aide d'un répondant dont le nom figure sur la liste électorale de la même section de vote. Une personne ne peut répondre que d'un seul électeur. La personne pour laquelle quelqu'un d'autre s'est porté répondant ne peut agir à ce titre à la même élection (al. 161(1)b) et par. 161(6) et (7)).

[18] The Act also establishes requirements for record-keeping by election officials. After the issue of the writ to call an election, a returning officer appoints one DRO and one poll clerk for each polling station in the electoral district for which he or she is responsible (s. 32). Once the DRO is satisfied that an elector's identity and residence have been proven, the name of the elector is crossed off the OLE and the elector is allowed to vote (s. 143(4)). Once the elector has voted, the poll clerk is required to indicate on the list that the vote was cast by placing a check mark in a box set aside for that purpose (s. 162(b)). The poll clerk is also required to make entries in a "poll book". The required entries include various matters, such as whether an elector has taken an oath, the type of oath he or she has taken and the fact that the elector has voted using a registration certificate (s. 162(f) and (j)).

#### B. *Interpreting the Relevant Statutory Provision*

##### (1) Part 20 of the Act

[19] Part 20 of the Act deals with contested elections. Section 524(1) provides:

**524.** (1) Any elector who was eligible to vote in an electoral district, and any candidate in an electoral district, may, by application to a competent court, contest the election in that electoral district on the grounds that

(a) under section 65 the elected candidate was not eligible to be a candidate; or

(b) there were irregularities, fraud or corrupt or illegal practices that affected the result of the election.

[20] The remedy the court may provide is in s. 531(2):

##### **531.** . . .

(2) After hearing the application, the court may dismiss it if the grounds referred to in paragraph 524(1)(a) or (b), as the case may be, are not established and, where they are established, shall declare the election null and void or may annul the election, respectively.

The use of the word "respectively" means that where the grounds in s. 524(1)(a) are established, a

[18] La Loi établit en outre des exigences relatives à la tenue de registres par les fonctionnaires électoraux. Après la délivrance du bref d'élection, le directeur du scrutin nomme un scrutateur et un greffier du scrutin pour chaque bureau de scrutin de la circonscription dont il est responsable (art. 32). Lorsque le scrutateur est convaincu que l'identité et la résidence de l'électeur ont été établies, le nom de l'électeur est rayé de la LÉO et l'électeur est admis à voter (par. 143(4)). Une fois que l'électeur a voté, le greffier du scrutin doit indiquer sur la liste que l'électeur a voté en cochant une case placée à cette fin à côté de son nom (al. 162b)). Le greffier du scrutin doit aussi consigner certains renseignements dans un « cahier du scrutin ». Il doit notamment indiquer si l'électeur a prêté serment, le type de serment qu'il a prêté et si l'électeur a voté sur remise d'un certificat d'inscription (al. 162f) et j)).

#### B. *Interprétation des dispositions législatives pertinentes*

##### (1) Partie 20 de la Loi

[19] La partie 20 de la Loi porte sur la contestation d'une élection. Voici ce que prévoit le par. (1) de l'art. 524 :

**524.** (1) Tout électeur qui était habile à voter dans une circonscription et tout candidat dans celle-ci peuvent, par requête, contester devant le tribunal compétent l'élection qui y a été tenue pour les motifs suivants :

a) inéligibilité du candidat élu au titre de l'article 65;

b) irrégularité, fraude, manœuvre frauduleuse ou acte illégal ayant influé sur le résultat de l'élection.

[20] La réparation que le tribunal peut accorder figure au par. 531(2) :

##### **531.** . . .

(2) Au terme de l'audition, [le tribunal] peut rejeter la requête; si les motifs sont établis et selon qu'il s'agit d'une requête fondée sur les alinéas 524(1)a) ou b), il doit constater la nullité de l'élection du candidat ou il peut prononcer son annulation.

L'emploi des mots « selon qu'il s'agit » indique que le tribunal *doit* constater la nullité de l'élection du

court *must* declare the election null and void; where the grounds in s. 524(1)(b) are established, a court *may* annul the election. Conversely, a court may not annul an election unless the grounds in s. 524(1)(b) are established.

[21] The French version of the Act confirms this interpretation:

**531. . . .**

(2) Au terme de l’audition, [le tribunal] peut rejeter la requête; si les motifs sont établis et selon qu’il s’agit d’une requête fondée sur les alinéas 524(1)a) ou b), il doit constater la nullité de l’élection du candidat ou il peut prononcer son annulation.

[22] Under those provisions, if the grounds in para. (a) of s. 524(1) are established (the elected candidate was ineligible), then a court must declare the election null and void. In such circumstances it is as if no election was held. By contrast, if the grounds in para. (b) are established (there were irregularities, fraud or corrupt or illegal practices that affected the result of the election), a court *may* annul the election. Under these circumstances, a court must decide whether the election held was compromised in such a way as to justify its annulment.

[23] In deciding whether to annul an election, an important consideration is whether the number of impugned votes is sufficient to cast doubt on the true winner of the election or whether the irregularities are such as to call into question the integrity of the electoral process. Since voting is conducted by secret ballot in Canada, this assessment cannot involve an investigation into voters’ actual choices. If a court is satisfied that, because of the rejection of certain votes, the winner is in doubt, it would be unreasonable for the court not to annul the election.

(2) Meaning of “Irregularities . . . That Affected the Result of the Election”

[24] This case involves interpreting the phrase “irregularities . . . that affected the result of the election”. The phrase is composed of two elements:

candidat si le motif visé à l’al. 524(1)a) est établi; il *peut* prononcer son annulation si le motif visé à l’al. 524(1)b) est établi. À l’inverse, le tribunal ne peut prononcer l’annulation d’une élection que si le motif visé à l’al. 524(1)b) est établi.

[21] Cette interprétation est confirmée par la version anglaise de la Loi :

**531. . . .**

(2) After hearing the application, the court may dismiss it if the grounds referred to in paragraph 524(1)(a) or (b), as the case may be, are not established and, where they are established, shall declare the election null and void or may annul the election, respectively.

[22] Aux termes de ces dispositions, le tribunal doit constater la nullité de l’élection du candidat si le motif visé à l’al. 524(1)a) est établi (inélégibilité du candidat élu). Dans ce cas, c’est comme si aucune élection n’avait eu lieu. En revanche, si c’est le motif visé à l’al. 524(1)b) (irrégularité, fraude, manœuvre frauduleuse ou acte illégal ayant influé sur le résultat de l’élection) qui est établi, le tribunal *peut* prononcer l’annulation de l’élection. Dans cette situation, le tribunal doit décider si l’élection qui a été tenue a été compromise à un point tel que son annulation est justifiée.

[23] Pour décider s’il y a lieu d’annuler une élection, il faut tenir compte d’une considération importante, soit celle de savoir si le nombre de votes contestés est suffisant pour jeter un doute sur l’identité du véritable vainqueur de l’élection ou si les irrégularités sont telles qu’elles mettent en question l’intégrité du processus électoral. Puisque les électeurs canadiens votent par scrutin secret, cette analyse ne peut porter sur le choix qu’ils ont réellement fait. Si le tribunal est convaincu que le rejet de certains votes laisse planer un doute sur la victoire du candidat élu, il serait déraisonnable que le tribunal n’annule pas l’élection.

(2) Sens des termes « irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection »

[24] Il s’agit en l’espèce d’interpréter les termes « irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection », qui comportent deux éléments :

“irregularities” and “affected the result”. As we shall explain, “irregularities” are serious administrative errors that are capable of undermining the electoral process — the type of mistakes that are tied to and have a direct bearing on a person’s right to vote.

[25] “Affected the result” asks whether someone not entitled to vote, voted. Manifestly, if a vote is found to be invalid, it must be discounted, thereby altering the vote count, and in that sense, affecting the election’s result. “Affected the result” could also include a situation where a person entitled to vote was improperly prevented from doing so, due to an irregularity on the part of an election official. That is not the case here and we need not address it.

[26] In construing the meaning of “irregularities . . . that affected the result”, we have taken into account a number of aides to statutory interpretation, among them: (1) the constitutional right to vote and the objectives of the Act; (2) the text and context of s. 524; and (3) the competing democratic values engaged.

(a) *The Constitutional Right to Vote and the Objectives of the Act*

[27] Canadian democracy is founded upon the right to vote. Section 3 of the *Charter* provides:

3. Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

[28] The fundamental purpose of s. 3 of the *Charter* was described in *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, by Iacobucci J., for the majority, at para. 30:

In the final analysis, I believe that the Court was correct in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, to define s. 3 with reference to the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. Democracy,

« irrégularité » et « ayant influé sur le résultat ». Comme nous l’expliquerons plus loin, une « irrégularité » est une erreur administrative grave susceptible d’entacher le processus électoral — le genre d’erreur qui se rapporte au droit de vote d’une personne et qui a des répercussions directes sur celui-ci.

[25] Les termes « ayant influé sur le résultat » soulèvent la question de savoir si une personne a voté sans en avoir le droit. De toute évidence, le vote jugé invalide doit être écarté, ce qui a pour effet de modifier le décompte du scrutin et, en ce sens, d’influer sur le résultat de l’élection. Ces termes peuvent aussi viser la situation où une irrégularité de la part d’un fonctionnaire électoral a empêché à tort une personne de voter alors qu’elle en avait le droit. Ce genre de situation n’est pas en cause en l’espèce et point n’est besoin de l’examiner.

[26] Pour interpréter les termes « irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat » nous avons utilisé plusieurs outils d’interprétation législative, notamment : 1) le droit de vote garanti par la Constitution et les objets de la Loi; 2) le libellé et le contexte de l’art. 524; 3) les valeurs démocratiques opposées en cause.

a) *Le droit de vote garanti par la Constitution et les objets de la Loi*

[27] Le droit de vote est l’assise même de la démocratie canadienne. L’article 3 de la *Charte* prévoit :

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

[28] S’exprimant au nom des juges majoritaires dans *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, le juge Iacobucci a décrit l’objet fondamental de l’art. 3 de la *Charte* au par. 30 :

En dernière analyse, je crois que dans l’arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, notre Cour a eu raison de définir l’art. 3 en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral.



of course, is a form of government in which sovereign power resides in the people as a whole. In our system of democracy, this means that each citizen must have a genuine opportunity to take part in the governance of the country through participation in the selection of elected representatives. The fundamental purpose of s. 3, in my view, is to promote and protect the right of each citizen to play a meaningful role in the political life of the country. Absent such a right, ours would not be a true democracy.

[29] The constitutional guarantee of the right to vote in s. 3 of the *Charter* is a fundamental provision, not subject to constitutional override under s. 33 of the *Charter*. Section 3 provides that citizens have the right to vote “*in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly*”. The right to vote in the election of “members of the House of Commons” reflects Canada’s constitutional character as a parliamentary form of government. Citizens have the right to vote in a specific electoral district, choosing among various candidates who wish to be the Member of Parliament for that district: see *Henry v. Canada (Attorney General)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70, at para. 139.

[30] Section 6 of the Act recognizes that all persons meeting the three requirements of age, citizenship and residence are “entitled” to vote. It reads:

6. Subject to this Act, every person who is qualified as an elector is entitled to have his or her name included in the list of electors for the polling division in which he or she is ordinarily resident and to vote at the polling station for that polling division.

Section 6 uses the term “polling division”. Polling divisions exist within electoral districts for administrative simplicity and voter convenience on election day (J. P. Boyer, *Election Law in Canada: The Law and Procedure of Federal, Provincial and Territorial Elections* (1987), vol. I, at p. 101). The *Charter* right to vote is for the Member of Parliament for the electoral district in which the voter resides.

[31] On a plain reading of s. 6, qualification and residence in a polling division give an individual

Évidemment, la démocratie est une forme de gouvernement où le pouvoir souverain appartient à la population dans son ensemble. Dans notre système démocratique, cela veut dire que tout citoyen doit avoir la possibilité réelle de prendre part au gouvernement du pays en participant à l’élection de représentants. Fondamentalement, l’art. 3 a selon moi pour objet d’encourager et de protéger le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans la vie politique du pays. Sans un tel droit, notre système ne serait pas véritablement démocratique.

[29] La garantie constitutionnelle du droit de vote que l’on trouve à l’art. 3 de la *Charte* est une garantie fondamentale qui ne peut faire l’objet d’une dérogation constitutionnelle fondée sur l’art. 33 de la *Charte*. Selon l’art. 3, les citoyens ont le droit de vote pour élire les députés qui siègeront à la Chambre des communes. Ce droit illustre le caractère constitutionnel du Canada en tant qu’État parlementaire. Les citoyens ont le droit de voter dans une circonscription précise, en choisissant l’un des candidats qui aspirent à devenir le député de cette circonscription : voir *Henry c. Canada (Procureur général)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70, par. 139.

[30] L’article 6 de la Loi reconnaît que toute personne qui possède les trois attributs nécessaires, soit l’âge, la citoyenneté et la résidence, a le « droit de voter ». En voici le texte :

6. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, toute personne qui a qualité d’électeur a le droit de faire inscrire son nom sur la liste électorale pour la section de vote où elle réside habituellement et de voter au bureau de scrutin établi pour cette section de vote.

À l’article 6, le législateur utilise le terme « section de vote ». Les circonscriptions sont divisées en sections de votes par souci de simplicité administrative et de commodité pour les électeurs le jour du scrutin (J. P. Boyer, *Election Law in Canada : The Law and Procedure of Federal, Provincial and Territorial Elections* (1987), vol. I, p. 101). Le droit de vote garanti par la *Charte* demeure cependant celui d’élire le député de la *circonscription* où réside l’électeur.

[31] À la simple lecture de l’art. 6, il est clair qu’une personne ayant qualité d’électeur et résidant

the entitlement or right to be included on the list of electors for that polling division, and to vote. Section 6 *does not* provide that inclusion on the list of electors is a prerequisite to the right to vote. Such a reading reverses the effect of the provision. Entitlement to be on the list and entitlement to vote are consequences of being a citizen, being of age and being resident in the polling division.

[32] In this regard, it should be noted that s. 6 is a complete definition of “entitlement” in the Act. The definition is not altered by any other provision. “Entitlement” consists only of the fundamental requirements of age, citizenship, and residence.

[33] In so concluding, we recognize that the opening words of s. 6 are “[s]ubject to this Act”. However, a distinction must be made between the requirements of “entitlement” in s. 6 itself, which appears in Part 1 of the Act under the heading “Electoral Rights”, and the procedural mechanisms applicable on election day which appear in Part 9 of the Act under the heading “Voting”. The Act establishes procedures to allow those citizens who have the right to vote to do so on election day. For example, ss. 148.1 and 149, which appear in Part 9, require procedures to be followed in establishing identity and residence, and in registering, before voting. These are procedural provisions designed to satisfy election officials that voters have the attributes that entitle them to vote. The purpose of procedural provisions in the Act is to enfranchise those persons having a right to vote under s. 6, and to prevent persons without the right to vote, from voting.

[34] The procedural safeguards in the Act are important; however, they should not be treated as ends in themselves. Rather, they should be treated as a means of ensuring that only those who have the right to vote may do so. It is that end that must always be kept in sight.

dans une section de vote a le droit de figurer sur la liste électorale pour cette section de vote et le droit de voter. L'article 6 *ne* dispose *pas* que l'inscription sur la liste électorale est une condition préalable au droit de voter. Une telle interprétation inverse l'effet de la disposition. Le droit de figurer sur la liste et de voter sont des conséquences découlant de la citoyenneté, de l'âge et du fait de résider dans la section de vote en question.

[32] Il faut souligner à cet égard que, dans la Loi, l'art. 6 définit le droit de voter de façon exhaustive. Aucune autre disposition ne modifie cette définition. Celle-ci n'inclut rien d'autre que les attributs fondamentaux que sont l'âge, la citoyenneté et la résidence.

[33] Nous arrivons à cette conclusion tout en étant conscients que l'art. 6 débute par les mots « [s]ous réserve des dispositions [. . .] de la présente loi ». Il y a toutefois une distinction à faire entre les conditions du droit de voter fixées à l'art. 6, que l'on trouve dans la partie 1 de la Loi, sous la rubrique « Droits électoraux », et les mécanismes procéduraux applicables le jour du scrutin, que l'on trouve dans la partie 9 de la Loi, sous la rubrique « Scrutin ». La Loi établit des procédures qui permettent aux citoyens ayant le droit de vote d'exercer ce droit le jour du scrutin. À titre d'exemple, les art. 148.1 et 149, qui figurent dans la partie 9, fixent la procédure à suivre pour établir son identité et sa résidence et pour s'inscrire avant de voter. Il s'agit de dispositions procédurales conçues pour que les fonctionnaires électoraux aient l'assurance que les électeurs possèdent les attributs nécessaires pour avoir le droit de voter. Les dispositions procédurales de la Loi ont pour but de permettre aux personnes qui ont le droit de voter selon l'art. 6 de participer au scrutin et d'empêcher les personnes qui n'ont pas ce droit d'y participer.

[34] Les mesures de contrôle procédurales établies par la Loi sont importantes, mais ne doivent pas être considérées comme des fins en soi. Il faut plutôt les considérer comme un moyen de faire en sorte que seules les personnes qui ont le droit de vote puissent voter. C'est cette fin qu'il faut toujours garder à l'esprit.

[35] It is well accepted in the contested election jurisprudence that the purpose of the Act is to enfranchise all persons entitled to vote and to allow them to express their democratic preferences. Courts considering a denial of voting rights have applied a stringent justification standard: *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.), and *Belczowski v. Canada*, [1992] 2 F.C. 440 (C.A.), both aff'd [1993] 2 S.C.R. 438.

[36] The words of an Act are to be read in their “entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. The constitutional right to vote and the enfranchising purpose of the Act are of central importance in construing the words “irregularities . . . that affected the result”.

[37] It is well recognized in the jurisprudence that where electoral legislation is found to be ambiguous, it should be interpreted in a way that is enfranchising: *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995. Although he was in dissent in that case, Cory J. made the following observations at pp. 1049-50, with which L’Heureux-Dubé J., for the majority, at p. 1028, expressed total agreement:

The courts have always recognized the fundamental importance of the vote and the necessity to give a broad interpretation to the statutes which provide for it. This traditional approach is not only sound it is essential for the preservation of democratic rights. The principle was well expressed in *Cawley v. Branchflower* (1884), 1 B.C.R. (Pt. II) 35 (S.C.). There Crease J. wrote at p. 37:

The law is very jealous of the franchise, and will not take it away from a voter if the Act has been reasonably complied with. . . . It looks to realities, not technicalities or mere formalities, unless where forms are by law, especially criminal law, essential, or affect the subject-matter under dispute.

[35] Il est bien reconnu dans la jurisprudence sur la contestation d’une élection que la Loi a pour objet de permettre à toutes les personnes ayant le droit de voter de participer au scrutin et d’exprimer démocratiquement leurs préférences. Les tribunaux appliquent une norme stricte lorsqu’il s’agit de déterminer si la négation du droit de vote est justifiée dans un cas donné : *Sauvé c. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.), et *Belczowski c. Canada*, [1992] 2 C.F. 440 (C.A.), deux arrêts conf. par [1993] 2 R.C.S. 438.

[36] 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 » : *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<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87. Le droit de vote garanti par la Constitution et l’objet de la Loi qui consiste à favoriser la participation au scrutin jouent un rôle capital dans l’interprétation des termes « irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat ».

[37] Il est bien établi dans la jurisprudence qu’une loi électorale jugée équivoque doit être interprétée de manière à favoriser la participation au scrutin : *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995. Le juge Cory était dissident dans cette affaire, mais il a fait, aux p. 1049-1050, les observations suivantes auxquelles la juge L’Heureux-Dubé a souscrit sans réserve au nom des juges majoritaires, à la p. 1028 :

Les tribunaux ont toujours reconnu l’importance fondamentale du vote ainsi que la nécessité d’interpréter d’une façon large les lois conférant ce droit. Cette méthode traditionnelle n’est pas seulement logique, mais elle est essentielle à la préservation des droits démocratiques. Ce principe a été bien exprimé dans l’arrêt *Cawley c. Branchflower* (1884), 1 B.C.R. (Pt. II) 35 (C.S.), dans lequel le juge Crease écrit, à la p. 37 :

[TRADUCTION] La loi accorde une protection jalouse au droit de vote et ne privera pas un électeur de ce droit si le texte législatif a été raisonnablement bien respecté. [. . .] Ce sont les réalités qui comptent et non les détails techniques ou les simples formalités, sauf dans le cas où les formalités sont de par la loi, tout particulièrement en droit criminel, essentielles ou touchent l’objet même du différend.

To the same effect in *Re Lincoln Election* (1876), 2 O.A.R. 316, Blake V.C. stated (at p. 323):

The Court is anxious to allow the person who claims it the right to exercise the franchise, in every case in which there has been a reasonable compliance with the statute which gives him the right he seeks to avail himself of. No merely formal or immaterial matter should be allowed to interfere with the voter exercising the franchise . . . .

It can be seen that enfranchising statutes have been interpreted with the aim and object of providing citizens with the opportunity of exercising this basic democratic right. Conversely restrictions on that right should be narrowly interpreted and strictly limited. [Emphasis deleted.]

[38] While enfranchisement is one of the cornerstones of the Act, it is not free-standing. Protecting the integrity of the democratic process is also a central purpose of the Act. The same procedures that enable entitled voters to cast their ballots also serve the purpose of preventing those not entitled from casting ballots. These safeguards address the potential for fraud, corruption and illegal practices, and the public's perception of the integrity of the electoral process. (See *Henry*, at paras. 305-6.) Fair and consistent observance of the statutory safeguards serves to enhance the public's faith and confidence in fair elections and in the government itself, both of which are essential to an effective democracy: *Longley v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 852, 88 O.R. (3d) 408, at para. 64, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. x.

(b) *The Text and Context of Section 524*

[39] Just as the enfranchising purpose of the Act informs the interpretation of the phrase “irregularities . . . that affected the result” in s. 524, so too does the text of the provision itself. Parliament's use of the word “irregularities” in s. 524 of the Act is significant. A different phrase, “any non-compliance with the provisions of the Act”, could have been used. Moreover, if Parliament had intended that *any* deviation from the statutory procedure be a basis

Dans l'arrêt *Re Lincoln Election* (1876), 2 O.A.R. 316, le vice-chancelier Blake tient des propos similaires, à la p. 323 :

[TRADUCTION] La Cour tient beaucoup à ce que la personne qui revendique le droit de vote puisse l'exercer, dans tous les cas où il y a eu un respect raisonnable de la loi lui donnant le droit qu'il veut exercer. Les simples questions de forme ou d'intérêt négligeable ne devraient pas permettre une atteinte à l'exercice du droit de vote par l'électeur . . . .

On peut constater que les lois constitutives du droit de vote ont reçu une interprétation qui tend à accorder aux citoyens la possibilité d'exercer ce droit démocratique fondamental. Par ailleurs, il faut interpréter restrictivement les limites à l'exercice de ce droit et veiller à les circonscrire strictement. [Soulignement omis.]

[38] Favoriser la participation au scrutin constitue l'une des pierres angulaires de la Loi, mais il ne s'agit pas d'un objet isolé. La Loi a aussi pour objet principal de préserver l'intégrité du processus démocratique. Les procédures qui permettent aux électeurs ayant le droit de voter de participer au scrutin servent également à empêcher les personnes qui n'ont pas ce droit d'y participer. Ces mesures de contrôle visent à contrer le risque de fraude, de manœuvre frauduleuse et de perpétration d'un acte illégal et à préserver la perception qu'a le public de l'intégrité du processus électoral. (Voir *Henry*, par. 305-306.) L'application équitable et uniforme des mesures de contrôle prévues par la Loi contribue à accroître la confiance du public dans l'équité du processus électoral et sa confiance dans le gouvernement lui-même, toutes deux essentielles au bon fonctionnement d'une démocratie : *Longley c. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 852, 88 O.R. (3d) 408, par. 64, autorisation d'appel refusée, [2008] 1 R.C.S. x.

b) *Le libellé et le contexte de l'art. 524*

[39] Si l'objet de la Loi, qui consiste à favoriser la participation au scrutin, contribue à clarifier le sens des termes « irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat » employés à l'art. 524, le libellé de cet article y contribue également. L'utilisation par le législateur du mot « irrégularité » à l'art. 524 de la Loi a son importance. Il aurait pu employer une autre expression, comme « l'inobservation de la présente loi ». Qui plus est, si le législateur avait voulu que *toute*

on which to annul an election, it would have spoken in terms of “non-compliance”. Instead, it used “irregularities”, suggesting that Parliament intended to restrict the scope of administrative errors that give rise to overturning an election.

[40] How is the meaning of “irregularities” restricted? The well-known “associated words” or “*noscitur a sociis*” rule of interpretation assists in this regard. The rule states that a term or an expression should not be interpreted without taking the surrounding terms into account. “The meaning of a term is revealed by its association with other terms: it is known by its associates”: 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d’alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at para. 195 (emphasis deleted).

[41] Professor Sullivan defines the “associated words” rule as follows:

The associated words rule is properly invoked when two or more terms linked by “and” or “or” serve an analogous grammatical and logical function within a provision. This parallelism invites the reader to look for a common feature among the terms. This feature is then relied on to resolve ambiguity or limit the scope of the terms. Often the terms are restricted to the scope of their broadest common denominator.

(*Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 227)

[42] The word “irregularities” appears as part of the following phrase: “irregularities, fraud or corrupt or illegal practices”. These are words that speak to serious misconduct. To interpret “irregularity” as meaning any administrative error would mean reading it without regard to the related words.

[43] The common thread between the words “irregularities, fraud or corrupt or illegal practices” is the seriousness of the conduct and its impact on the integrity of the electoral process. Fraud, corruption and illegal practices are serious. Where they occur, the electoral process will be corroded. In associating the word “irregularity” with those words, Parliament must have contemplated mistakes and

entorse à la procédure prévue par la loi constitue un motif d’annulation d’une élection, il aurait utilisé le mot « inobservation ». Or, il a employé le terme « irrégularité », ce qui donne à croire qu’il a voulu restreindre l’éventail des erreurs administratives susceptibles d’entraîner l’annulation d’une élection.

[40] En quoi le mot « irrégularité » a-t-il un sens restreint? La règle d’interprétation bien connue des « mots associés » (« *noscitur a sociis* ») nous éclaire à cet égard. Selon cette règle, il ne faut pas interpréter un terme ou une expression en faisant abstraction des termes voisins. « Le sens d’un terme est révélé par son association à d’autres termes : il est connu par ceux auxquels il est associé » : 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d’alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 195 (soulignement omis).

[41] La professeure Sullivan définit ainsi la règle des « mots associés » :

[TRADUCTION] La règle des mots associés est invoquée à bon droit lorsqu’au moins deux termes reliés par les conjonctions « et » ou « ou » ont une fonction grammaticale et logique analogue dans une disposition. Ce parallélisme pousse le lecteur à chercher une caractéristique commune entre ces termes. Il s’appuie ensuite sur cette caractéristique pour dissiper l’ambiguïté des termes ou en restreindre le sens. Souvent, le sens des mots est restreint à leur dénominateur commun le plus général.

(*Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 227)

[42] Le mot « irrégularité » fait partie du groupe de termes suivant : « irrégularité, fraude, manœuvre frauduleuse ou acte illégal ». Ces termes évoquent une grave inconduite. Considérer que le terme « irrégularité » s’entend de toute erreur administrative reviendrait à l’interpréter en faisant abstraction des mots connexes.

[43] Les termes « irrégularité, fraude, manœuvre frauduleuse ou acte illégal » ont pour dénominateur commun la gravité de la conduite et ses répercussions sur l’intégrité du processus électoral. Une fraude, une manœuvre frauduleuse ou un acte illégal sont des inconduites graves. Ce sont des inconduites qui ébranlent le processus électoral. Quand il a associé le terme « irrégularité » à ces mots, le législateur

administrative errors that are serious and capable of undermining the integrity of the electoral process. (See *Cusimano v. Toronto (City)*, 2011 ONSC 7271, 287 O.A.C. 355, at para. 62.)

(c) *Competing Democratic Values*

[44] Central to the issue before us is how willing a court should be to reject a vote because of statutory non-compliance. Although there are safeguards in place to prevent abuse, the Act accepts some uncertainty in the conduct of elections, since in theory, more onerous and accurate methods of identification and record-keeping could be adopted. The balance struck by the Act reflects the fact that our electoral system must balance several interrelated and sometimes conflicting values. Those values include certainty, accuracy, fairness, accessibility, voter anonymity, promptness, finality, legitimacy, efficiency and cost. But the central value is the *Charter*-protected right to vote.

[45] Our system strives to treat candidates and voters fairly, both in the conduct of elections and in the resolution of election failures. As we have discussed, the Act seeks to enfranchise all entitled persons, including those without paper documentation, and to encourage them to come forward to vote on election day, regardless of prior enumeration. The system strives to achieve accessibility for all voters, making special provision for those without identification to vote by vouching. Election officials are unable to determine with absolute accuracy who is entitled to vote. Poll clerks do not take fingerprints to establish identity. A voter can establish Canadian citizenship verbally, by oath. The goal of accessibility can only be achieved if we are prepared to accept some degree of uncertainty that all who voted were entitled to do so.

avait forcément à l'esprit les erreurs administratives graves qui peuvent miner l'intégrité du processus électoral. (Voir *Cusimano c. Toronto (City)*, 2011 ONSC 7271, 287 O.A.C. 355, par. 62.)

c) *Valeurs démocratiques opposées*

[44] La mesure dans laquelle le tribunal doit être disposé à rejeter un vote en raison de l'inobservation d'une disposition législative est au cœur du litige dont nous sommes saisis. Il existe des mesures de contrôle pour prévenir les abus, mais la Loi tolère que la tenue d'élections comporte une part d'incertitude puisqu'il serait possible, en théorie, d'adopter des méthodes d'identification et de tenue de registres plus laborieuses et plus précises que les méthodes retenues. L'équilibre établi par la Loi répond à la nécessité que le système électoral canadien mette en balance plusieurs valeurs interreliées et parfois contradictoires, y compris la certitude, l'exactitude, l'équité, l'accessibilité, l'anonymat de l'électeur, la célérité, le caractère définitif des résultats, la légitimité, l'efficacité et le coût. Le droit de vote garanti par la *Charte* demeure toutefois la valeur prépondérante.

[45] Le système canadien vise à traiter équitablement les candidats et les électeurs à la fois dans la tenue des élections et dans le règlement des problèmes liés au processus électoral. Comme nous l'avons vu, la Loi a pour objet de permettre à toutes les personnes ayant le droit de voter, y compris celles qui n'ont pas de pièces d'identité, de participer au scrutin et de les inciter à aller voter le jour du scrutin, même si elles ne sont pas déjà inscrites sur la LÉO. Le système est conçu pour être accessible à tous les électeurs et comporte une mesure spéciale pour permettre aux personnes dépourvues de pièces d'identité de voter grâce à un répondant. Les fonctionnaires électoraux ne peuvent pas établir avec une exactitude absolue si une personne a le droit de voter. Les greffiers du scrutin ne prennent pas les empreintes digitales des électeurs pour établir leur identité. L'électeur peut établir sa citoyenneté canadienne de vive voix en prêtant serment. L'accessibilité n'est possible que si nous sommes prêts à accepter une certaine incertitude quant au droit de voter de toutes les personnes qui ont voté.

[46] The practical realities of election administration are such that imperfections in the conduct of elections are inevitable. As recognized in *Camsell v. Rabesca*, [1987] N.W.T.R. 186 (S.C.), it is clear that “in every election, a fortiori those in urban ridings, with large numbers of polls, irregularities will virtually always occur in one form or another” (p. 198). A federal election is only possible with the work of tens of thousands of Canadians who are hired across the country for a period of a few days or, in many cases, a single 14-hour day. These workers perform many detailed tasks under difficult conditions. They are required to apply multiple rules in a setting that is unfamiliar. Because elections are not everyday occurrences, it is difficult to see how workers could get practical, on-the-job experience.

[47] The provision for contesting elections in Part 20 of the Act serves to restore accuracy and reliability where it has been compromised. However, tension exists between allowing an application to contest an election on the basis of irregularities and the need for a prompt, final resolution of election outcomes. The Act provides, in s. 525(3):

- (3) An application shall be dealt with without delay and in a summary way. . . .

[48] It should be remembered that annulling an election would disenfranchise not only those persons whose votes were disqualified, but every elector who voted in the riding. That voters will have the opportunity to vote in a by-election is not a perfect answer, as Professor Steven F. Huefner writes:

. . . a new election can never be run on a clean slate, but will always be colored by the perceived outcome of the election it superseded. New elections may also be an inconvenience for the voters, and almost certainly will mean that a different set of voters, with different

[46] Les réalités concrètes de l’administration d’une élection sont telles que des imperfections dans la tenue d’une élection sont inévitables. Comme l’a reconnu la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest dans *Camsell c. Rabesca*, [1987] N.W.T.R. 186, il est clair que [TRADUCTION] « des irrégularités se produisent presque toujours d’une façon ou d’une autre dans toutes les élections, à plus forte raison dans celles tenues dans les circonscriptions urbaines comptant un grand nombre de bureaux de scrutin » (p. 198). La tenue d’une élection fédérale n’est possible que grâce au travail de dizaines de milliers de Canadiens et de Canadiennes embauchés dans tout le pays pour quelques jours ou, dans bien des cas, pour une seule journée de 14 heures. Ces travailleurs accomplissent de nombreuses tâches méthodiques dans des conditions difficiles. Ils doivent notamment appliquer de multiples règles dans un environnement qui ne leur est pas familier. Puisque des élections n’ont pas lieu tous les jours, on voit mal comment les travailleurs pourraient acquérir de l’expérience pratique, sur le terrain.

[47] La disposition de la partie 20 de la Loi qui permet de contester une élection sert à rétablir l’exactitude et la fiabilité de ses résultats dans les cas où elles ont été compromises. Il faut toutefois concilier la possibilité de contester une élection pour cause d’irrégularités avec la nécessité d’obtenir rapidement des résultats définitifs. Le paragraphe 525(3) de la Loi prévoit donc ce qui suit :

- (3) La requête est instruite sans délai et selon la procédure sommaire . . .

[48] Il faut se rappeler que l’annulation d’une élection non seulement prive les personnes dont les votes sont rejetés de leur droit de participer au scrutin, mais en prive aussi tous les électeurs qui ont voté dans la circonscription. La possibilité pour les électeurs de voter ultérieurement dans une élection partielle n’est pas une solution parfaite, comme l’explique le professeur Steven F. Huefner :

[TRADUCTION] . . . une nouvelle élection ne peut jamais se dérouler comme si la précédente n’avait jamais eu lieu; elle porte toujours l’empreinte du résultat apparent de l’élection qu’elle remplace. Une nouvelle élection risque aussi d’importuner les électeurs, et il est presque

information, will be deciding the election. Moreover, there can be no guarantee that the new election will itself be free from additional problems, including fraud. In the long term, rerunning elections might lead to disillusionment or apathy, even if in the short term they excite interest in the particular contest. Frequent new elections also would undercut democratic stability by calling into question the security and efficiency of the voting mechanics.

(“Remedying Election Wrongs” (2007), 44 *Harv. J. on Legis.* 265, at pp. 295-96)

[49] Permitting elections to be lightly overturned would also increase the “margin of litigation”. The phrase “margin of litigation” describes an election outcome close enough to draw post-election legal action: Huefner, at pp. 266-67.

[50] The current system of election administration in Canada is not designed to achieve perfection, but to come as close to the ideal of enfranchising all entitled voters as possible. Since the system and the Act are not designed for certainty alone, courts cannot demand perfect certainty. Rather, courts must be concerned with the integrity of the electoral system. This overarching concern informs our interpretation of the phrase “irregularities . . . that affected the result”.

(d) *Conclusion: The Meaning of “Irregularities . . . That Affected the Result”*

[51] Having regard to the centrality of the constitutional right to vote, the enfranchising purpose of the Act, the language of s. 524, and the numerous democratic values engaged, we conclude that an “irregularit[y] . . . that affected the result” of an election is a breach of statutory procedure that has resulted in an individual voting who was not entitled to vote. Such breaches are serious because they are capable of undermining the integrity of the electoral process.

assuré que ce sera une combinaison d'électeurs différents, disposant de renseignements différents, qui en déterminera l'issue. Qui plus est, rien ne peut garantir l'absence de problèmes additionnels, notamment de fraude, au cours de la nouvelle élection. À long terme, la tenue de nouvelles élections pourrait être une source de désillusion ou de lassitude même si, à court terme, la lutte entre les candidats à l'élection suscite de l'intérêt. De plus, la tenue fréquente de nouvelles élections ébranlerait la stabilité de la démocratie en mettant en doute la sûreté et l'efficacité des mécanismes de vote.

(« Remedying Election Wrongs » (2007), 44 *Harv. J. on Legis.* 265, p. 295-296)

[49] Si les élections pouvaient être annulées à la légère, cela augmenterait aussi la [TRADUCTION] « marge de contestation », c'est-à-dire l'éventail des résultats électoraux suffisamment serrés pour entraîner des poursuites judiciaires après l'élection : Huefner, p. 266-267.

[50] Le régime actuel d'administration des élections au Canada n'est pas conçu pour atteindre la perfection, mais pour tendre le plus possible vers l'idéal de permettre à tous les électeurs ayant le droit de voter de participer au scrutin. Comme la certitude ne constitue pas la seule fin du régime et de la Loi, les tribunaux ne sauraient exiger une certitude absolue. Ils doivent plutôt s'attacher à l'intégrité du système électoral. Cette considération dominante nous guide dans l'interprétation des termes « irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat ».

d) *Conclusion : le sens des termes « irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat »*

[51] Étant donné l'importance fondamentale du droit de vote garanti par la Constitution, l'objet de la Loi, qui consiste à favoriser la participation au scrutin, le libellé de l'art. 524 et les nombreuses valeurs démocratiques en jeu, nous concluons qu'une « irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat » d'une élection est un manquement à la procédure prescrite par la loi qui fait en sorte qu'une personne a voté sans en avoir le droit. De tels manquements sont graves, parce qu'ils peuvent entacher l'intégrité du processus électoral.



(3) When Is an “Irregularit[y] . . . That Affected the Result” Established?

[52] An applicant who seeks to annul an election bears the legal burden of proof throughout. (See *Cusimano*, at para. 74; *Abrahamson v. Baker and Smishek* (1964), 48 D.L.R. (2d) 725 (Sask. C.A.); *Camsell*, at p. 199; and *Beamish v. Miltenberger*, [1997] N.W.T.R. 160 (S.C.), at paras. 38-39.) As earlier noted, the present situation is governed by s. 531(2) of the Act. For ease of reference, the provision is reproduced below:

(2) After hearing the application, the court may dismiss it if the grounds referred to in paragraph 524(1)(a) or (b), as the case may be, are not established and, where they are established, shall declare the election null and void or may annul the election, respectively.

[53] The word “established” places the burden squarely on the applicant. The applicable standard of proof is the civil standard, namely, proof on a balance of probabilities.

[54] Two approaches have been used in the past by courts to determine whether there was an “irregularit[y] . . . that affected the result” of an election. A strict procedural approach was followed by courts in *O’Brien v. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 87 (H.C.J.); *Nielsen v. Simmons* (1957), 14 D.L.R. (2d) 446 (Y. Terr. Ct.); *Hogan v. Careen and Hickey* (1993), 116 Nfld. & P.E.I.R. 310 (S.C. (T.D.)); and *Blanchard v. Cole*, [1950] 4 D.L.R. 316 (N.S.S.C.). Under that approach, all votes cast pursuant to an irregular procedure were held to be invalid. The failure to comply with a procedural step aimed at determining entitlement was considered to directly affect the result of the election. In these cases, even where the elector’s right to vote in the election could have been proven to the court after the fact, failure to comply with the procedural safeguards sufficed to discount the votes in question.

[55] A second approach, sometimes referred to as the “substantive” approach, emphasizes the substantive right of the elector to vote. An approach along these lines has been followed in other Canadian contested election cases: *Camsell*

(3) Quand une « irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat » est-elle établie?

[52] Le fardeau de la preuve incombe toujours à la partie qui demande l’annulation d’une élection. (Voir *Cusimano*, par. 74; *Abrahamson c. Baker and Smishek* (1964), 48 D.L.R. (2d) 725 (C.A. Sask.); *Camsell*, p. 199; et *Beamish c. Miltenberger*, [1997] N.W.T.R. 160 (C.S.), par. 38-39.) Comme nous l’avons déjà souligné, le présent cas est régi par le par. 531(2) de la Loi, reproduit ci-dessous par souci de commodité :

(2) Au terme de l’audition, [le tribunal] peut rejeter la requête; si les motifs sont établis et selon qu’il s’agit d’une requête fondée sur les alinéas 524(1)a) ou b), il doit constater la nullité de l’élection du candidat ou il peut prononcer son annulation.

[53] Le mot « établis » impose clairement le fardeau de la preuve au requérant. La norme de preuve applicable est la norme de preuve en matière civile, à savoir la prépondérance des probabilités.

[54] Les tribunaux ont employé deux approches dans le passé pour déterminer s’il y a eu « irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat » d’une élection. Une approche procédurale stricte a été adoptée dans *O’Brien c. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 87 (H.C.J.); *Nielsen c. Simmons* (1957), 14 D.L.R. (2d) 446 (C. Terr. Y.); *Hogan c. Careen and Hickey* (1993), 116 Nfld. & P.E.I.R. 310 (C.S. (1<sup>re</sup> inst.)); et *Blanchard c. Cole*, [1950] 4 D.L.R. 316 (C.S.N.-É.). Selon cette approche, tous les votes à l’égard desquels la procédure n’avait pas été respectée ont été jugés invalides. L’omission de suivre une étape de la procédure visant à établir le droit de voter a été considérée comme ayant influé directement sur le résultat de l’élection. Dans ces causes, le non-respect des mesures de contrôle procédurales a suffi pour que les votes soient écartés, même dans les cas où il aurait été possible de démontrer après coup au tribunal que l’électeur avait le droit de voter à l’élection.

[55] La deuxième approche, parfois qualifiée de « substantielle », met l’accent sur le droit substantiel de l’électeur de voter. Une approche de ce genre a été adoptée au Canada dans d’autres affaires où une élection a été contestée : *Camsell* et *Flookes*

and *Flookes and Long v. Shrake* (1989), 100 A.R. 98 (Q.B.). On this approach, failure to follow a procedural safeguard is not determinative of whether the result of the election has been affected.

[56] In our view, adopting a strict procedural approach creates a risk that an application under Part 20 could be granted even where the result of the election reflects the will of the electors who in fact had the right to vote. This approach places a premium on form over substance, and relegates to the back burner the *Charter* right to vote and the enfranchising objective of the Act. It also runs the risk of enlarging the margin of litigation, and is contrary to the principle that elections should not be lightly overturned, especially where neither candidates nor voters have engaged in any wrongdoing. Part 20 of the Act should not be taken by losing candidates as an invitation to examine the election records in search of technical administrative errors, in the hopes of getting a second chance.

[57] The substantive approach is recommended by the fact that it focuses on the underlying right to vote, not merely on the procedures used to facilitate and protect that right. In our view, an approach that places a premium on substance is the approach to follow in determining whether there were “irregularities . . . that affected the result of the election”. On this approach, a judge should look at the whole of the evidence, with a view to determining whether a person who was not entitled to vote, voted. Unlike the “strict procedural” approach, evidence going to entitlement is admissible. By the same token, direct evidence of a lack of entitlement is not required. Proof of an irregularity may itself be sufficient to discount a vote.

[58] There are two steps to this approach. First, an applicant must prove that there was an “irregularity”: breach of a statutory provision designed to establish a person’s entitlement to vote. We do not understand the minority to suggest otherwise.

and *Long c. Shrake* (1989), 100 A.R. 98 (B.R.). Suivant cette approche, le non-respect d’une mesure de contrôle procédurale n’est pas déterminant quant à savoir si une irrégularité a influé sur le résultat de l’élection.

[56] Nous sommes d’avis que, si l’on adoptait une approche procédurale stricte, une requête présentée en vertu de la partie 20 risquerait d’être accueillie même dans les cas où le résultat de l’élection reflète la volonté des électeurs qui avaient effectivement le droit de voter. Cette démarche privilégie la forme aux dépens du fond et relègue au second plan le droit de vote garanti par la *Charte* et l’objet de la Loi qui consiste à favoriser la participation au scrutin. Elle risque aussi d’élargir la marge de contestation et elle va à l’encontre du principe voulant que les élections ne doivent pas être annulées à la légère, surtout lorsqu’aucun des candidats ou des électeurs n’a commis quelque acte répréhensible que ce soit. Les candidats défaits ne doivent pas voir la partie 20 de la Loi comme une invitation à examiner les registres électoraux en quête d’erreurs techniques de nature administrative dans l’espoir d’obtenir une seconde chance.

[57] L’approche substantielle, quant à elle, est indiquée parce qu’elle met l’accent sur le droit de vote sous-jacent, et non pas simplement sur les procédures qui servent à protéger ce droit et en faciliter l’exercice. Une approche qui privilégie le fond nous semble être l’approche qui convient pour déterminer s’il y a eu « irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection ». Selon cette approche, le juge doit examiner l’ensemble de la preuve afin de décider si une personne a voté sans en avoir le droit. La preuve relative au droit de voter est recevable, ce qui n’est pas le cas suivant l’approche « procédurale stricte ». Par ailleurs, il n’est pas nécessaire de produire une preuve directe de l’absence du droit de voter. La preuve d’une irrégularité peut être suffisante en soi pour qu’un vote soit écarté.

[58] Cette approche comporte deux étapes. Premièrement, le requérant doit prouver qu’il y a eu « irrégularité » : la violation d’une disposition législative visant à établir qu’une personne a le droit de voter. D’après nous, les juges dissidents

For example, a breach of s. 148.1 or s. 149 would amount to an “irregularity” because these provisions go to establishing entitlement.

[59] Second, an applicant must demonstrate that the irregularity “affected the result” of the election: someone not entitled to vote, voted. Where that is established, the vote is invalid, and must be rejected. Rejecting a vote affects the result of the election in the sense that it changes the vote count. It is at this second step that our approach departs from that of the minority.

[60] An “irregularity” constitutes evidence from which it may be inferred that a voter was not entitled to vote, because it is a breach of a procedure designed to establish the voter’s entitlement. As indicated, proof of an irregularity may itself be sufficient to show that an invalid vote was cast, thereby affecting the result of the election.

[61] Under our approach, an applicant who has led evidence from which an irregularity could be found will have met his or her *prima facie* evidentiary burden. At that point, the respondent runs the risk of having the votes in issue set aside, unless he or she can adduce or point to evidence from which it may reasonably be inferred that no irregularity occurred, or that despite the irregularity, the votes in question were nevertheless valid. For example, where registration certificates cannot be located and there is a question as to whether they were completed as required, the respondent may point to evidence showing that they were completed, such as a list of names of people who voted by registration, or evidence from the polling officials that registration took place. Or, the respondent may show that the voters were entitled to vote by reference to their inclusion on a list of voters in the electoral district.

[62] Once all of the evidence from both parties is before the judge, the judge will decide, focusing

n’affirment pas le contraire. À titre d’exemple, une violation des art. 148.1 ou 149 constituerait une « irrégularité » parce que ces dispositions touchent à la façon d’établir le droit de voter d’une personne.

[59] Deuxièmement, le requérant doit démontrer que l’irrégularité a « influé sur le résultat » de l’élection : une personne a voté sans en avoir le droit. S’il en fait la démonstration, le vote est invalide et doit être rejeté. Le rejet d’un vote influe sur le résultat de l’élection en ce sens qu’il modifie le décompte du scrutin. C’est à cette deuxième étape que notre approche s’écarte de celle des juges minoritaires.

[60] Une « irrégularité » constitue une preuve permettant d’inférer qu’un électeur n’avait pas le droit de voter, parce qu’il y a eu entorse à une procédure visant à établir son droit de voter. Comme nous l’avons indiqué précédemment, la preuve d’une irrégularité peut être suffisante en soi pour démontrer qu’un vote était invalide, ce qui a influé sur le résultat de l’élection.

[61] Selon notre approche, le requérant s’acquitte du fardeau de preuve *prima facie* qui lui incombe en produisant une preuve qui permet de conclure à l’existence d’une irrégularité. À ce stade, l’intimé risque de voir les votes en litige être écartés, sauf s’il est à même de présenter un élément de preuve permettant raisonnablement de conclure soit à l’absence d’irrégularité, soit à la validité des votes en cause malgré l’irrégularité, ou encore d’attirer l’attention sur un tel élément de preuve. Par exemple, dans les cas où on ne parvient pas à retrouver les certificats d’inscription et où un doute subsiste quant à savoir s’ils ont été remplis comme il se doit, l’intimé a deux options. Il peut soit attirer l’attention sur des éléments de preuve démontrant qu’ils ont été remplis, tels qu’une liste des personnes qui ont voté sur remise d’un certificat d’inscription ou le témoignage des fonctionnaires électoraux selon lequel l’inscription a eu lieu, soit démontrer que les électeurs en cause avaient le droit de voter parce que leur nom figurait sur une liste électorale de la circonscription.

[62] Après avoir été saisi de toute la preuve des deux parties, le juge décide, en se concentrant sur

on substance rather than form, whether the applicant has met his or her burden of establishing on a balance of probabilities that someone who voted was not entitled to do so. If the court is not so satisfied, then the applicant has failed to meet his or her onus.

*C. The Consequences of Statutory Non-Compliance*

[63] Our approach to contested elections allows a judge to consider evidence that an individual was entitled to vote on election day. It has to be remembered that “entitlement” is concerned with age, citizenship and residence. A judge may look at any evidence that is relevant to these criteria. This approach best ensures the accuracy of election results. Some prior jurisprudence in the lower courts suggests that this approach introduces uncertainty into election results. (See *Hogan*, at para. 77.) With respect, this concern is unfounded.

[64] When a court decides a contested election case based on alleged “irregularities . . . that affected the result”, it is faced with uncertainty as to the outcome of an election arising from allegations of errors in the administration of the election. A contested election decision, by addressing these alleged errors, is designed to remedy this uncertainty. An approach allowing for an examination of voter entitlement bolsters accuracy and confidence that only entitled persons cast ballots.

[65] Any concern that our approach would result in the inconsistent application of the Act is unfounded. The minority suggests that since some entitled voters may be turned away on election day by election officials properly following procedures in the Act, it is unfair for a court to allow votes to stand where there was an administrative procedural error but other evidence that the voter was entitled to vote (para. 167). However, unlike the rejection of a valid vote, turning away a voter on election

le fond plutôt que sur la forme, si le requérant s’est acquitté de son fardeau d’établir selon la prépondérance des probabilités qu’une personne a voté sans en avoir le droit. Si le tribunal n’en est pas convaincu, le requérant n’a pas réussi à s’acquitter de son fardeau de preuve.

*C. Les conséquences de l’observation de la Loi*

[63] Notre façon d’aborder la contestation d’une élection permet au juge d’examiner des éléments de preuve concernant la question de savoir si une personne avait le droit de voter le jour du scrutin. Il faut se rappeler que le droit de voter dépend de l’âge, de la citoyenneté et de la résidence. Le juge peut étudier n’importe quel élément de preuve pertinent quant à l’existence de ces conditions. Cette approche est la meilleure garantie d’exactitude des résultats électoraux. Certaines décisions antérieures de juridictions inférieures avancent que cette méthode crée de l’incertitude quant aux résultats de l’élection. (Voir *Hogan*, par. 77.) En toute déférence, nous estimons que cette crainte est dénuée de fondement.

[64] La contestation d’une élection fondée sur une allégation d’« irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat » place le tribunal devant une élection dont le résultat est incertain en raison de prétendues erreurs dans l’administration de l’élection. La décision sur la contestation d’une élection est censée remédier à cette incertitude, en statuant sur ces prétendues erreurs. Une approche qui permet de vérifier le droit de voter d’un électeur renforce l’exactitude des résultats et la conviction que seules les personnes ayant le droit de voter ont voté.

[65] La crainte que notre démarche entraîne une application incohérente de la Loi n’est pas fondée. Selon les juges minoritaires, comme il est possible que des électeurs ayant le droit de voter se voient refuser l’accès aux urnes par des fonctionnaires électoraux appliquant correctement les procédures prescrites par la Loi, il est injuste qu’un tribunal refuse d’écarter un vote lorsqu’une erreur procédurale administrative a été commise, mais qu’une preuve différente établit le droit de voter de

day is not fatal to that person's right to vote. If at first that voter could not comply with a procedural requirement, with some additional effort, he or she can return to the polling station and obtain a ballot. As well, if a person feels that he or she should be permitted to vote, scrutineers may be available to help resolve the matter.

[66] By contrast, if a vote cast by an entitled voter were to be rejected in a contested election application because of an irregularity, the voter would be irreparably disenfranchised. This is especially undesirable when the irregularity is outside of the voter's control, and is caused solely by the error of an election official.

[67] For example, compare the situation of two voters who arrive at the polling station with inadequate identification. The DRO personally knows one of the voters, and vouches for him, enabling him to cast a ballot. The DRO does not live in the polling division, so he has vouched in a manner not permitted by the Act. However, the voter leaves the polling station believing that he has cast a valid vote. If a court later rejects the voter's vote, he is irreparably disenfranchised, through no fault of his own. In the case of the second voter, the DRO properly refuses to let her vote without proper identification. This voter can return to the polling station later in the day, accompanied by a voucher who lives in the polling division, and cast her ballot. She has not been disenfranchised.

[68] Nor will the approach that we endorse encourage non-compliance with the Act. The election process is open and public. Polling officials work in a public environment at a polling station where their actions can be observed by other election officials, candidates or candidates' representatives and

l'électeur (par. 167). Toutefois, contrairement au rejet d'un bulletin de vote valide, le fait de refuser l'accès aux urnes à un électeur le jour du scrutin ne prive pas définitivement cet électeur de son droit de vote. Si l'électeur n'a pas pu se conformer initialement à une procédure obligatoire, en fournissant un effort additionnel, il peut revenir au bureau de scrutin et obtenir un bulletin de vote. De plus, si une personne croit qu'elle devrait être admise à voter, les représentants des candidats peuvent intervenir pour l'aider à régler la question.

[66] Si, par contre, le bulletin de vote d'un électeur ayant le droit de voter était rejeté pour cause d'irrégularité sur présentation d'une requête en contestation d'élection, cet électeur serait irrémédiablement privé de son droit de participer au scrutin. Ce résultat est particulièrement indésirable lorsque l'irrégularité est indépendante de la volonté de l'électeur et résulte uniquement de l'erreur d'un fonctionnaire électoral.

[67] À titre d'exemple, comparons la situation de deux électeurs qui se présentent au bureau de scrutin munis de pièces d'identité inadéquates. Dans le premier cas, le scrutateur connaît personnellement l'électeur et répond de lui, ce qui permet à l'électeur de voter. Or, le scrutateur habite dans une autre section de vote, de sorte qu'il n'était pas autorisé par la Loi à répondre de l'électeur. L'électeur quitte cependant le bureau de scrutin en croyant que son vote est valide. Si un tribunal rejette plus tard le vote de cet électeur, celui-ci sera irrémédiablement privé de son droit de participer au scrutin, sans avoir commis quelque faute que ce soit. Dans le deuxième cas, le scrutateur refuse avec raison de laisser une électrice voter sans pièce d'identité adéquate. L'électrice peut revenir au bureau de scrutin plus tard ce jour-là en compagnie d'un répondant qui habite dans la même section de vote qu'elle et voter. Elle n'est pas privée de son droit de participer au scrutin.

[68] La méthode que nous proposons n'est pas non plus une incitation à l'inobservation de la Loi. Le processus électoral est transparent et public. Les fonctionnaires du scrutin travaillent dans un lieu public, soit dans un bureau de scrutin où leurs gestes peuvent être observés par d'autres

members of the public present to vote. If there is a reasonable concern about whether a person is entitled to vote, any polling official, candidate or candidate's representative can ask that the person take an oath before voting (s. 144).

[69] In recognizing that mistakes are inevitable, this Court does not condone any relaxation of training and procedures. The Commissioner of Canada Elections appointed by the CEO has an obligation to ensure, as far as reasonably possible, that procedures are followed (s. 509). Failure to live up to this mandate would shake the public's confidence in the election system as a whole and render it vulnerable to abuse and manipulation.

[70] The Commissioner of Canada Elections is responsible for compliance with and enforcement of the Act (s. 509). The Chief Electoral Officer may refer any matter for investigation to the Commissioner, and, with respect to specific offences, may direct the Commissioner to "make any inquiry that appears to be called for in the circumstances", and the Commissioner shall do so (s. 510). Following an inquiry, the Commissioner may refer the matter to the Director of Public Prosecutions, who will decide whether to prosecute the offence (s. 511). Alternatively, the Commissioner may enter into an agreement with the offender aimed at providing for compliance with the Act (s. 517). Overturning an election is but one of several consequences that may flow from the failure of election officers to follow rules. A declaration that an election is annulled may be considered the ultimate public consequence of violating provisions of the Act, and accordingly should be reserved for serious cases.

D. *Should an Election Be Annulled? The "Magic Number" Test*

[71] To date, the only approach taken by Canadian courts in assessing contested election applications has been the "magic number" test referred to in *O'Brien* (p. 93). On this test, the election must be annulled if the rejected votes are equal to or outnumber the winner's plurality (*Blanchard*, at p. 320).

fonctionnaires électoraux, des candidats ou leurs représentants et des membres du public venus pour voter. En cas de doute raisonnable sur le droit de voter d'une personne, tout fonctionnaire du scrutin, candidat ou représentant d'un candidat peut lui demander de prêter serment avant de voter (art. 144).

[69] Si elle admet que des erreurs sont inévitables, la Cour ne cautionne aucun relâchement dans la formation du personnel électoral et le respect des procédures. Le commissaire aux élections fédérales nommé par le DGÉ est tenu de veiller au respect des procédures dans la mesure du possible (art. 509). L'omission de s'acquitter de ce mandat ébranlerait la confiance du public envers le système électoral dans son ensemble et le rendrait vulnérable aux abus et aux manipulations.

[70] Le commissaire aux élections fédérales est responsable de l'observation et de l'application de la Loi (art. 509). Le DGÉ peut lui renvoyer toute affaire pour enquête et lui ordonner de « faire enquête » sur des infractions précises, et le commissaire procède à l'enquête (art. 510). Après avoir fait enquête, le commissaire peut renvoyer l'affaire au directeur des poursuites pénales, qui décidera s'il y a lieu de poursuivre l'auteur de l'infraction (art. 511). Le commissaire peut aussi conclure avec l'auteur de l'infraction une transaction visant à faire respecter la Loi (art. 517). L'annulation d'une élection n'est que l'une de plusieurs conséquences pouvant découler de l'inobservation des règles par des fonctionnaires électoraux. L'annulation d'une élection peut être considérée comme la conséquence la plus grave pour le public d'une violation de la Loi; elle devrait donc être réservée aux cas graves.

D. *L'élection doit-elle être annulée? Le critère du « nombre magique »*

[71] Jusqu'à maintenant, les tribunaux ont utilisé exclusivement le critère du « nombre magique » énoncé dans *O'Brien* (p. 93) pour trancher les requêtes en contestation d'élection. Selon ce critère, il faut annuler l'élection si le nombre de votes rejetés égale ou dépasse la majorité du vainqueur (*Blanchard*, p. 320).

[72] The “magic number” test is simple. However, it inherently favours the challenger. It assumes that all of the rejected votes were cast for the successful candidate. In reality, this is highly improbable. However, no alternative test has been developed. No evidence has been presented in this case to support any form of statistical test that would be reliable and that would not compromise the secrecy of the ballot.

[73] Accordingly, for the purposes of this application, we would utilize the magic number test. The election should be annulled when the number of rejected votes is equal to or greater than the successful candidate’s margin of victory. However, we do not rule out the possibility that another, more realistic method for assessing contested election applications might be adopted by a court in a future case.

#### E. Summary

[74] The following approach should be followed in determining whether there were “irregularities . . . that affected the result of the election”: An applicant must prove that a procedural safeguard designed to establish an elector’s entitlement to vote was not respected. This is an “irregularity”. An applicant must then demonstrate that the irregularity “affected the result” of the election because an individual voted who was not entitled to do so. In determining whether the result was affected, an application judge may consider any evidence in the record capable of establishing that the person was in fact entitled to vote despite the irregularity, or that the person was not in fact entitled to vote.

[75] If it is established that there were “irregularities . . . that affected the result of the election”, a court may annul the election. In exercising this discretion, if a court is satisfied that, because of the rejection of certain votes, the winner is in doubt, it would be unreasonable for the court not to annul the election. For the purposes of this application, the “magic number” test will be used to make that determination.

[72] Le critère du « nombre magique » est simple. Toutefois, par sa nature, il favorise le requérant. Il suppose que tous les votes rejetés étaient pour le candidat élu, ce qui est en fait très peu probable. Aucun autre critère n’a cependant été élaboré. En l’espèce, on n’a présenté aucun élément de preuve à l’appui d’une quelconque formule statistique qui serait fiable et qui ne compromettrait pas le caractère confidentiel du scrutin.

[73] Nous aurons donc recours au critère du nombre magique pour les besoins de la présente requête. L’élection doit être annulée si le nombre de votes rejetés est égal ou supérieur à la majorité du candidat élu. Par contre, nous n’écartons pas la possibilité qu’un tribunal adopte à l’avenir une méthode plus réaliste pour trancher les requêtes en contestation d’élection.

#### E. Résumé

[74] Voici comment il faut procéder pour déterminer s’il y a eu « irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection ». Il incombe au requérant de démontrer le non-respect d’une mesure de contrôle procédurale visant à établir le droit de voter d’un électeur. C’est ce en quoi consiste une « irrégularité ». Le requérant doit ensuite démontrer que l’irrégularité a « influé sur le résultat » de l’élection parce qu’une personne a voté sans en avoir le droit. Pour décider si l’irrégularité a influé sur le résultat, le juge saisi de la requête peut tenir compte de toute preuve au dossier susceptible d’établir soit que la personne en question avait effectivement le droit de voter en dépit de l’irrégularité, soit qu’elle ne l’avait pas.

[75] Si une « irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection » est établie, le tribunal peut annuler l’élection. Dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire, il serait déraisonnable que le tribunal n’annule pas l’élection s’il est convaincu que le rejet de certains bulletins de vote laisse planer un doute sur l’identité du vainqueur. Pour les besoins de la présente requête, nous utiliserons le test du « nombre magique » pour statuer sur ce point.

#### IV. Application

[76] To this point, we have concentrated on the legal framework and principles that govern when a candidate seeks to have an election annulled on the basis of irregularities that affected the result. We now consider the application of those principles to the evidence as it relates to certain of the polling divisions where the application judge set aside votes (Mr. Opitz's appeal). We then consider the evidence in relation to those polling divisions in which the application judge refused to set aside votes (Mr. Wrzesnewskyj's cross-appeal).

[77] Before turning to the evidence of the particular polling divisions, it is important to observe that in support of his position that the election should be annulled, Mr. Wrzesnewskyj relied entirely on circumstantial evidence. There is no direct evidence that any votes, including the 79 that the application judge set aside, were cast by someone who in fact was not entitled to vote.

[78] In the end, for reasons that will become apparent, we are satisfied that the application judge wrongly set aside at least 59 votes. Therefore, the magic number test is not met, as the remaining number of votes invalidated (not more than 20) is not equal to or does not exceed the plurality of 26 votes.

##### A. *Mr. Opitz's Appeal*

[79] We would restore 59 votes that the application judge should not in our view have disqualified. In respect of polls 31 and 426, the application judge set aside 15 votes and 26 votes respectively for missing registration certificates. At poll 174, he set aside 8 votes for incorrect recording of vouching. At poll 89, he set aside 10 votes for unsigned registration certificates.

#### IV. Application

[76] Nous avons jusqu'à maintenant centré notre attention sur le cadre et les principes juridiques applicables lorsqu'un candidat demande l'annulation d'une élection pour cause d'irrégularité ayant influé sur le résultat. Nous appliquerons maintenant ces principes à la preuve concernant certains bureaux de scrutin à l'égard desquels le juge saisi de la requête a écarté des votes (pourvoi de M. Opitz). Nous analyserons ensuite la preuve se rapportant aux bureaux de scrutin pour lesquels le juge saisi de la requête a refusé d'écartier des votes (appel incident de M. Wrzesnewskyj).

[77] Avant de passer à la preuve concernant les bureaux de scrutin en cause, il importe de signaler que M. Wrzesnewskyj s'est fondé entièrement sur une preuve circonstancielle pour établir que l'élection doit être annulée. Il n'a apporté aucune preuve directe pour démontrer qu'un des votes, et notamment les 79 votes écartés par le juge saisi de la requête, émanait d'une personne qui n'avait pas le droit de voter.

[78] En définitive, pour des raisons qui deviendront évidentes, nous sommes convaincus que le juge saisi de la requête a écarté au moins 59 votes à tort. Il n'est donc pas satisfait au critère du nombre magique, puisque le nombre des autres votes déclarés invalides (au plus 20 votes) n'est ni égal, ni supérieur à la majorité de 26 voix.

##### A. *Pourvoi de M. Opitz*

[79] Nous sommes d'avis de rétablir les 59 votes qui, selon nous, n'auraient pas dû être exclus par le juge de première instance. Ce dernier a écarté respectivement 15 et 26 votes à l'égard des bureaux de scrutin n<sup>os</sup> 31 et 426, en raison de certificats d'inscription introuvables. Il a écarté 8 votes à l'égard du bureau de scrutin n<sup>o</sup> 174 pour des erreurs dans la tenue du registre concernant les électeurs ayant fait appel à un répondant. Il a écarté 10 votes relativement au bureau de scrutin n<sup>o</sup> 89 parce qu'aucun des 10 certificats d'inscription n'a été signé par l'électeur.



[80] Before addressing the evidence poll by poll, we propose to identify two errors of law made by the application judge in his analysis. First, at polls 31 and 426, he reversed the onus of proof; second, at polls 174 and 89, he failed to consider material evidence in reaching his finding.

[81] Because of these two legal errors, the findings of the application judge are not entitled to deference and it is open to this Court to come to its own conclusion on the validity of the votes cast in these polling divisions. The evidence in this case is exclusively documentary, and credibility is not in issue. Our decision to proceed in that fashion finds support in s. 525(3) of the Act, which requires a contested election application to proceed “without delay and in a summary way”. To order a new hearing would cause considerable delay.

[82] As will be seen, in polls 31, 426 and 174, we find that the mistakes complained of do not rise to the level of an “irregularity”. In poll 89, we find that Mr. Wrzesnewskyj has established an “irregularity” but has not established that it “affected the result”. We would restore the impugned votes.

(1) Poll 31 (15 Votes at Issue)

[83] In the poll book at poll 31, the names and addresses of 86 people are listed on the page entitled “RECORD OF ELECTORS VOTING BY REGISTRATION CERTIFICATE”. However, after the election, only 70 registration certificates were located. Sixteen certificates could not be found.

[84] The application judge twice misstated the onus of proof in making his crucial finding that votes should be discarded for poll 31. He wrote, “I am not prepared to find that on a balance of

[80] Avant d’examiner la preuve concernant chacun des bureaux de scrutin, nous signalerons deux erreurs de droit commises par le juge saisi de la requête dans son analyse. Premièrement, il a inversé le fardeau de la preuve en ce qui concerne les bureaux de scrutin n<sup>os</sup> 31 et 426; deuxièmement, il a tiré sa conclusion à l’égard des bureaux de scrutin n<sup>os</sup> 174 et 89 en ne tenant pas compte d’éléments de preuve importants.

[81] Compte tenu de ces deux erreurs de droit, il n’y a pas lieu de faire preuve de retenue à l’égard des conclusions du juge saisi de la requête et notre Cour peut tirer sa propre conclusion sur la validité des votes enregistrés dans ces bureaux de scrutin. La preuve en l’espèce est constituée uniquement de documents, et la question de la crédibilité ne se pose pas. Notre décision de procéder ainsi prend appui sur le par. 525(3) de la Loi, lequel exige qu’une requête en contestation d’élection soit instruite « sans délai et selon la procédure sommaire ». La tenue d’une nouvelle audition entraînerait des délais considérables.

[82] Comme nous le verrons dans les paragraphes suivants, nous estimons que les erreurs alléguées relativement aux bureaux de scrutin n<sup>os</sup> 31, 426 et 174 ne constituent pas des « irrégularités ». En ce qui concerne le bureau de scrutin n<sup>o</sup> 89, M. Wrzesnewskyj a établi une « irrégularité », mais nous estimons qu’il n’a pas prouvé qu’elle avait « influé sur le résultat ». Nous sommes d’avis de rétablir les votes contestés.

(1) Bureau de scrutin n<sup>o</sup> 31 (15 votes en litige)

[83] Dans le cahier du scrutin du bureau de scrutin n<sup>o</sup> 31, les nom et adresse de 86 personnes figurent sur la page intitulée « REGISTRE DES ÉLECTEURS VOTANT PAR CERTIFICAT D’INSCRIPTION ». On n’a cependant retrouvé que 70 certificats d’inscription après l’élection. Seize certificats n’ont pu être retrouvés.

[84] Le juge saisi de la requête a mal énoncé le fardeau de preuve à deux occasions lorsqu’il a tiré la conclusion fondamentale que des votes enregistrés au bureau de scrutin n<sup>o</sup> 31 devaient être écartés. Il

probabilities these 16 people certified that they were qualified to vote” (para. 122 (emphasis added)). With respect, that was the wrong question. Applying the correct onus, he should have asked whether he was satisfied on a balance of probabilities that these 16 people *had not* certified that they were qualified to vote. His formulation reverses the onus, placing it on the respondent to establish that the voters *had* certified rather than on the applicant to show that they had *not*. The application judge also framed the onus incorrectly at para. 120 when writing: “For me to conclude that these 16 people certified themselves as qualified to vote, the finding would have to be made” (emphasis added).

[85] These are not isolated instances of misstating the test. In the context of assessing the validity of votes at poll 426, the application judge wrote, “The question is . . . whether, in the circumstances, I am prepared to find that these 33 people certified that they were qualified to vote” (para. 113 (emphasis added)) and “I am not prepared to find that, on a balance of probabilities, these 33 people declared that they were qualified to vote” (para. 115 (emphasis added)). And again when considering the invalidity of a vote with an unsigned registration certificate in poll 174, the application judge stated: “In the absence of any indication that the question of qualification was raised, I am not prepared to find that citizenship was certified” (para. 126 (emphasis added)).

[86] On these five occasions in his reasons for judgment, when making crucial findings of fact as to the validity of the votes, the application judge misstated the onus of proof. Instead of asking whether Mr. Wrzesnewskyj, the applicant, had satisfied his onus of establishing an irregularity, the application judge asked instead whether Mr. Opitz had established that there was no irregularity, thereby effectively shifting the burden of proof.

a écrit : [TRADUCTION] « Je ne suis pas disposé à conclure, selon la prépondérance des probabilités, que ces 16 personnes ont attesté avoir qualité d'électeur » (par. 122 (nous soulignons)). En toute déférence, il s'est posé la mauvaise question. En appliquant le bon fardeau de preuve, il aurait dû se demander s'il était convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que ces 16 personnes *n'avaient pas* attesté avoir qualité d'électeur. Sa phrase a pour effet de renverser le fardeau, en obligeant l'intimé à établir que les électeurs *avaient* attesté avoir qualité d'électeur au lieu d'obliger le requérant à démontrer qu'ils *ne* l'avaient *pas* fait. Le juge saisi de la requête a à nouveau mal énoncé le fardeau de la preuve au par. 120 : [TRADUCTION] « Pour conclure que ces 16 personnes ont attesté avoir qualité d'électeur, j'aurais à tirer cette conclusion » (nous soulignons).

[85] Il ne s'agit pas de cas isolés de mauvaise formulation du critère applicable. Lorsqu'il a examiné la validité des votes enregistrés au bureau de scrutin n° 426, le juge saisi de la requête a écrit : [TRADUCTION] « La question est [. . .] de savoir si, dans les circonstances, je suis disposé à conclure que ces 33 personnes ont attesté avoir qualité d'électeur » (par. 113 (nous soulignons)) et « [j]e ne suis pas disposé à conclure, selon la prépondérance des probabilités, que ces 33 personnes ont déclaré avoir qualité d'électeur » (par. 115 (nous soulignons)). Puis, à nouveau, au moment d'apprécier la validité du vote d'un électeur n'ayant pas signé son certificat d'inscription au bureau de scrutin n° 174, le juge saisi de la requête a mentionné : « Faute d'indication que la question de la qualité d'électeur a été soulevée, je ne suis pas disposé à conclure que l'électeur a attesté être citoyen canadien » (par. 126 (nous soulignons)).

[86] À ces cinq occasions, dans ses motifs, le juge saisi de la requête a commis une erreur en énonçant le fardeau de la preuve lorsqu'il a tiré des conclusions de fait fondamentales relativement à la validité des votes. Au lieu de se demander si le requérant, M. Wrzesnewskyj, s'était acquitté de son fardeau d'établir une irrégularité, le juge saisi de la requête s'est demandé si M. Opitz avait établi l'absence d'irrégularité, renversant ainsi de fait le fardeau de la preuve.

[87] Because the application judge misstated the onus of proof a number of times in the course of his analysis, we cannot be confident that he applied the correct onus in arriving at his findings: *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517, at paras. 85-86. Overturning an election is a very serious matter. In order to uphold the findings of the application judge, we must be satisfied that he not only appreciated which of the parties bore the onus, but also that he applied the correct onus in arriving at his critical findings of fact. We cannot be so satisfied.

[88] In fairness, we recognize that the application judge stated the onus of proof correctly on occasion. However, in view of the five occasions when he did not — in the context of making crucial findings of fact — we cannot be confident that these were only slips of language: *Couture*, at para. 85.

[89] We turn now to our assessment of the evidence at poll 31. Mr. Wrzesnewskyj must first establish the existence of an “irregularity” — that is, non-compliance with the Act that goes to entitlement. The 16 missing registration certificates at poll 31 give rise to two possibilities, one being that the certificates were never completed, the other that the certificates were completed but went missing after the election. If Mr. Wrzesnewskyj could establish that the certificates were never completed, this would amount to an “irregularity”. There would be non-compliance with s. 161(4) of the Act which requires that a person not listed on the OLE who wishes to vote on election day must sign a completed registration certificate. This particular non-compliance would go to entitlement because within a registration certificate is a declaration of citizenship and age signed by the elector.

[90] However, we are not satisfied that Mr. Wrzesnewskyj has established an “irregularity”. He relied on three pieces of evidence. First, the registration certificates could not be located. Second, the poll book pages recording those who took oaths and those who vouched were not filled in. Third, the 16 people were not added to the FLE whereas,

[87] Le juge saisi de la requête ayant mal énoncé le fardeau de la preuve à plusieurs reprises dans son analyse, nous ne pouvons être persuadés qu’il est parvenu à ses conclusions en appliquant le bon fardeau de preuve : *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517, par. 85-86. L’annulation d’une élection est une décision très grave. Pour confirmer les conclusions du juge saisi de la requête, nous devons être convaincus non seulement qu’il savait à quelle partie incombait le fardeau de la preuve, mais aussi qu’il a tiré ses conclusions de fait fondamentales en appliquant le bon fardeau. Or, nous ne pouvons en être convaincus.

[88] En toute justice pour le juge saisi de la requête, nous reconnaissons qu’il a bien énoncé le fardeau de la preuve à l’occasion. Mais comme il l’a mal énoncé cinq fois — dans le contexte de conclusions de fait fondamentales —, nous ne pouvons être certains qu’il s’agit simplement d’un mauvais choix de mots : *Couture*, par. 85.

[89] Nous examinerons maintenant la preuve concernant le bureau de scrutin n° 31. M. Wrzesnewskyj doit d’abord établir l’existence d’une « irrégularité », c’est-à-dire un manquement à la Loi concernant le droit de voter. Le fait que les 16 certificats d’inscription au bureau de scrutin n° 31 demeurent introuvables peut s’expliquer de deux façons : soit ces certificats n’ont jamais été remplis, soit ils ont été remplis, mais ont été égarés après l’élection. Si M. Wrzesnewskyj pouvait parvenir à établir que ces certificats n’ont jamais été remplis, il s’agirait d’une « irrégularité ». Il y aurait alors manquement au par. 161(4) de la Loi, selon lequel une personne ne figurant pas sur la LÉO qui veut voter le jour du scrutin doit signer un certificat d’inscription. Ce manquement particulier à la Loi concernerait le droit de voter parce que le certificat d’inscription contient une déclaration de citoyenneté et d’âge signée par l’électeur.

[90] Toutefois, nous ne sommes pas convaincus que M. Wrzesnewskyj a établi une « irrégularité ». Il s’est appuyé sur trois éléments de preuve. Premièrement, les certificats d’inscription n’ont pas pu être retrouvés. Deuxièmement, les pages du cahier du scrutin où doit apparaître le nom des électeurs qui ont prêté serment et de ceux

normally, when the returning officer receives the registration certificates, he updates the OLE and the CEO updates the FLE accordingly.

[91] The evidence relied on by Mr. Wrzesnewskyj falls short of the mark. That the certificates were missing and that the FLE was not updated are also consistent with the explanation that the completed certificates were lost after the election. If the certificates never arrived in the hands of the returning officer, he could not have used them to update the OLE and the FLE would not have been updated either. This alleged third deficiency is tied into the first; it is not an independent basis for finding that the registration certificates were never completed. That the pages for oaths and for vouching were blank is consistent with all 16 people who voted by registration certificate providing photographic identification rather than establishing their addresses through vouching.

[92] There was evidence that favoured the second explanation — that the certificates existed but were misplaced after the election. Seventy of the 86 certificates were found. The names and addresses of the 16 people at issue are handwritten in the poll book, interspersed among the other 70 people whose certificates were found. This is an indication that the 16 certificates were in fact completed. A tally of the total number of registration certificates (86) is repeated on the page which summarizes the results of the election. On this page, the DRO and poll clerk signed below the statement: “I have verified that the number of electors who voted by *Registration Certificate* (line (2)) [the number 86 appears on line (2)] corresponds to the number of *Registration Certificates* . . . inserted in the large white *Registration and/or Correction Certificates Envelope*”.

[93] Considering this evidence in the context of the whole of the evidence, we are unable to find, on balance, that the registration certificates were not completed. Hence, Mr. Wrzesnewskyj has failed to

ayant agi comme répondants n’ont pas été remplies. Troisièmement, les 16 électeurs n’ont pas été inscrits sur la LÉD, alors que normalement le directeur du scrutin met la LÉO à jour lorsqu’il reçoit les certificats d’inscription et le DGÉ met la LÉD à jour en conséquence.

[91] La preuve sur laquelle se fonde M. Wrzesnewskyj est insuffisante. L’absence des certificats et l’omission d’avoir mis à jour la LÉD sont aussi compatibles avec l’explication voulant que les certificats remplis aient été égarés après l’élection. Si le directeur du scrutin ne les a jamais reçus, il n’a pas pu s’en servir pour mettre la LÉO à jour et la LÉD n’a pas pu être mise à jour à son tour. Cette prétendue troisième anomalie est liée à la première; elle n’étaye pas de façon indépendante la conclusion que les certificats d’inscription n’ont jamais été remplis. Il se peut que les pages consacrées aux serments et aux répondants soient vierges parce que les 16 personnes ayant voté sur remise d’un certificat d’inscription ont toutes produit une pièce d’identité munie d’une photo plutôt que de faire établir leur adresse par un répondant.

[92] Des éléments de preuve militent en faveur de la deuxième explication — les certificats ont existé, mais ont été égarés après l’élection. On a retrouvé 70 des 86 certificats. Les nom et adresse des 16 personnes en cause sont inscrits à la main dans le cahier du scrutin, dispersés parmi ceux des 70 personnes dont les certificats ont été retrouvés. Cela indique que les 16 certificats en question ont bel et bien été remplis. Le nombre total des certificats d’inscription (86) apparaît également sur la page qui résume le résultat de l’élection. Sur cette page, le scrutateur et le greffier du scrutin ont apposé leur signature sous la déclaration suivante : « Je me suis assuré(e) que le nombre d’électeurs qui ont voté par *Certificat d’inscription* (ligne (2)) [le nombre 86 figure à la ligne (2)] correspond au nombre de *Certificats d’inscription* [ . . . ] insérés dans la grande *Enveloppe pour les certificats d’inscriptions et/ou de correction blanche* ».

[93] Ayant examiné ces éléments de preuve dans le contexte de l’ensemble de la preuve, nous ne pouvons pas conclure, selon la prépondérance des probabilités, que les certificats d’inscription n’ont jamais

establish an “irregularity” concerning any of the 16 votes.

[94] Ironically, for 14 of the 16 impugned voters, there is positive proof that they were indeed entitled to vote. The application judge relied on this direct proof for 1 of the 14 electors (para. 123). Hence, he only discarded 15 of the 16 votes. In fairness, had the direct proof relating to the other 13 voters been brought to his attention, we are satisfied that the application judge would have allowed the votes.

[95] There is evidence that 13 more of the 16 voters in question were on a list of electors in Etobicoke Centre, three on the list for poll 31 and 10 on the lists for other polling divisions. This information was in the evidence before the application judge (R.F. (Mr. Opitz), at para. 45). A chart prepared by Elections Canada matches the names and addresses of 13 electors to names on these lists of electors. Two voters were on a list of electors for poll 28, four on a list for poll 29, two for poll 30, three for poll 31, and two for poll 33. This information comes from an independent source and Mr. Wrzesnewskyj does not challenge its reliability. To the contrary, in a separate chart, created by Mr. Wrzesnewskyj, these 13 persons are listed and beside their identifier is the following notation: “Elector on the Official List of Electors: Yes” (A.F. (Mr. Wrzesnewskyj), at App. C). In accordance with s. 149, all but the three voters ordinarily resident in polling division 31 needed a registration certificate in order to vote at polling station 31. However, the presence of the 10 voters on an electoral list for another polling division in Etobicoke Centre constitutes proof of age, citizenship and residence within that polling division (and therefore the electoral district of Etobicoke Centre).

été remplis. Par conséquent, M. Wrzesnewskyj n’a établi une « irrégularité » à l’égard d’aucun de ces 16 votes.

[94] Fait ironique, il existe une preuve positive démontrant que 14 des 16 électeurs en cause avaient effectivement le droit de voter. Le juge saisi de la requête s’est appuyé sur cette preuve directe concernant un de ces 14 électeurs (par. 123). Il n’a donc écarté que 15 des 16 votes. En toute justice pour lui, nous sommes convaincus que, si cette preuve directe se rapportant aux 13 autres électeurs avait été portée à son attention, il aurait accepté leurs votes.

[95] Des éléments de preuve indiquent que 13 des 16 électeurs en cause étaient inscrits sur une liste électorale d’Etobicoke-Centre : trois d’entre eux figuraient sur une liste électorale établie pour la section de vote n° 31, et les 10 autres, sur des listes d’autres sections de vote. Cette information se trouvait dans la preuve soumise au juge saisi de la requête (m.i. (M. Opitz), par. 45). Un tableau dressé par Elections Canada établit une correspondance entre les noms et adresses de 13 électeurs et des noms inscrits sur ces listes électorales. Deux électeurs figuraient sur une liste électorale établie pour la section de vote n° 28, quatre sur une liste établie pour la section de vote n° 29, deux sur une liste établie pour la section de vote n° 30, trois sur une liste établie pour la section de vote n° 31 et deux sur une liste du bureau de scrutin n° 33. Cette information provient d’une source indépendante et M. Wrzesnewskyj n’en conteste pas la fiabilité. Au contraire, dans un autre tableau, dressé par M. Wrzesnewskyj lui-même, ces 13 personnes sont inscrites et la mention suivante figure à côté des données les identifiant : [TRADUCTION] « Électeur sur la liste électorale officielle : Oui » (m.a. (M. Wrzesnewskyj), à l’annexe C). Selon l’art. 149, tous ces électeurs sauf les trois qui résident habituellement dans la section de vote n° 31 devaient remettre un certificat d’inscription pour voter au bureau de scrutin n° 31. Cependant, le fait que les 10 électeurs figurent sur une liste électorale établie pour une autre section de vote d’Etobicoke-Centre fait foi de leur âge, de leur citoyenneté et du fait qu’ils résident dans cette section de vote (et par le fait même, dans la circonscription d’Etobicoke-Centre).

[96] The basis upon which our colleagues would restore these 10 votes is, in our respectful view, inconsistent with their emphasis on the plain words of s. 149 of the Act and their concern about certainty at the time the voter casts his ballot (paras. 165-66). The plain language of s. 149 provides that “[a]n elector whose name does not appear on the official list of electors in his or her polling station shall not be allowed to vote unless . . . the elector gives the deputy returning officer a registration certificate”. It is not clear why, following the minority’s approach, under which a voter is not entitled to vote unless all procedural safeguards are followed, it is sufficient that a voter be on the list of electors at another polling division (para. 165). Furthermore, to consider the lists of electors from other polling divisions — while consistent with our approach — is contrary to our colleagues’ position that to ensure certainty in the electoral process, a voter must establish his entitlement before receiving and casting a ballot (para. 166). The 10 voters’ names were not on the OLE for poll 31. Information from OLEs of other polling divisions was not before the DRO at poll 31 at the time the ballots were cast. Information from these other lists only came to light during the contested election application, when brought before the application judge.

[97] We would not invalidate any of the 16 votes at poll 31. For 14 voters there is direct evidence of their entitlement to vote. We have restored the remaining 2 votes for the reasons stated above. Deducting the one vote already allowed by the application judge, the total number of votes restored on appeal is 15.

(2) Poll 426 (26 Votes at Issue)

[98] At poll 426, the poll book page “RECORD OF ELECTORS VOTING BY *REGISTRATION CERTIFICATE*” lists 33 names with no addresses. After the election, none of the 33 registration

[96] Nous estimons, en toute déférence, que la raison pour laquelle nos collègues sont d’avis de rétablir ces 10 votes est incompatible avec l’importance qu’ils accordent aux termes clairs de l’art. 149 de la Loi et avec leur préoccupation pour l’objectif de certitude au moment où l’électeur vote (par. 165-166). Les termes clairs utilisés à l’art. 149 prévoient que « [l]’électeur dont le nom ne figure pas sur la liste électorale officielle du bureau de scrutin n’est admis à voter que dans l’un ou l’autre des cas suivants : [. . .] il remet au scrutateur un certificat d’inscription ». On ne saurait dire pourquoi, selon l’approche minoritaire voulant qu’un électeur n’ait pas le droit de voter s’il n’a pas respecté toutes les mesures de contrôle procédurales, il suffit que l’électeur figure sur la liste électorale d’une autre section de vote (par. 165). De plus, le fait de tenir compte des listes électorales des autres sections de vote — bien que conforme à notre propre approche — va à l’encontre du point de vue de nos collègues selon lequel l’objectif de certitude du processus électoral exige que l’électeur établisse son droit de voter avant de recevoir un bulletin de vote et de le déposer dans l’urne (par. 166). Le nom des 10 électeurs ne figurait pas sur la LÉO établie pour la section de vote n° 31. Le scrutateur du bureau de scrutin n° 31 ne détenait pas les renseignements figurant sur les LÉOs des autres sections de vote au moment où ces 10 électeurs ont voté. Les renseignements tirés des autres listes ont été révélés seulement au cours de la procédure de contestation de l’élection, lorsqu’ils ont été présentés au juge saisi de la requête.

[97] Nous sommes d’avis de n’invalider aucun des 16 votes enregistrés au bureau de scrutin n° 31. Une preuve directe établit le droit de voter de 14 électeurs. Nous avons rétabli les deux autres votes pour les motifs exposés ci-dessus. La déduction du vote déjà accepté par le juge de première instance porte à 15 le total des votes rétablis en appel.

(2) Bureau de scrutin n° 426 (26 votes en litige)

[98] Au bureau de scrutin n° 426, 33 noms figurent sur la page du cahier du scrutin intitulée « REGISTRE DES ÉLECTEURS VOTANT PAR *CERTIFICAT D’INSCRIPTION* », mais on n’y

certificates could be found. The application judge noted that 7 of the 33 electors whose votes were at issue were on the OLE and thus the registration certificates were superfluous, and need not have been completed. Their presence on the OLE established their age and citizenship. The application judge allowed those 7 votes to stand.

[99] For the remaining 26 voters, the application judge reversed the onus of proof on two occasions when making his crucial findings on the validity of the votes. He wrote, first: “The question is . . . whether, in the circumstances, I am prepared to find that these 33 people certified that they were qualified to vote” (para. 113 (emphasis added)). On the second occasion, he wrote: “I am not prepared to find that, on a balance of probabilities, these 33 people declared that they were qualified to vote” (para. 115 (emphasis added)).

[100] As with poll 31, Mr. Wrzesnewskyj has not established that there was an “irregularity” with respect to the 26 voters. The absence of registration certificates raises the question of whether the certificates were in fact completed. The burden rested on Mr. Wrzesnewskyj to establish that the certificates were not filled out. He relied on four pieces of evidence. First, there were no registration certificates. Second, another poll book page which should serve to tally up the number of people who voted by registration certificate was not completed. Third, the poll book pages recording those who took oaths and those who vouched were blank. Fourth, the 33 people were not added to the FLE.

[101] As we stated with poll 31, that the certificates were missing and that the FLE was not updated are also consistent with the explanation that the completed certificates were lost after the election. If the certificates never arrived in the hands of the returning officer, he could not have used them to update the OLE and the CEO could not have updated the FLE with that information. This alleged

trouve aucune adresse. Aucun des 33 certificats d’inscription n’a pu être retrouvé après l’élection. Le juge de première instance a souligné que 7 des 33 électeurs dont les votes sont en litige figuraient sur la LÉO, de sorte que les certificats étaient superflus et n’avaient pas à être remplis. Leur inscription sur cette liste faisait foi de leur âge et de leur citoyenneté. Le juge de première instance a permis que ces 7 votes soient inclus dans le décompte.

[99] Quant aux 26 autres électeurs, le juge saisi de la requête a inversé deux fois le fardeau de la preuve pour tirer ses conclusions fondamentales sur la validité de leurs votes. Il a d’abord écrit : [TRADUCTION] « La question est [ . . . ] de savoir si, dans les circonstances, je suis disposé à conclure que ces 33 personnes ont attesté avoir qualité d’électeur » (par. 113 (nous soulignons)). La deuxième fois, il a écrit : « Je ne suis pas disposé à conclure, selon la prépondérance des probabilités, que ces 33 personnes ont déclaré avoir qualité d’électeur » (par. 115 (nous soulignons)).

[100] Comme dans le cas du bureau de scrutin n° 31, M. Wrzesnewskyj n’a pas établi qu’il y avait eu « irrégularité » en ce qui concerne les 26 électeurs. L’absence de certificats d’inscription soulève la question de savoir si les certificats ont effectivement été remplis. Il incombait à M. Wrzesnewskyj de prouver qu’ils ne l’ont pas été. Il s’est appuyé à cette fin sur quatre éléments. Premièrement, il n’y avait pas de certificats d’inscription. Deuxièmement, une autre page du cahier du scrutin qui devait servir à dénombrer les personnes ayant voté sur remise d’un certificat d’inscription n’a pas été remplie. Troisièmement, les pages du cahier du scrutin où doit être consigné le nom des personnes ayant prêté serment et de celles qui ont agi comme répondants sont vierges. Quatrièmement, ces 33 personnes n’ont pas été inscrites sur la LÉD.

[101] Comme nous l’avons mentionné au sujet du bureau de scrutin n° 31, l’absence des certificats et l’omission d’avoir mis à jour la LÉD sont aussi compatibles avec l’explication que les certificats remplis ont été égarés après l’élection. Si le directeur du scrutin ne les a jamais reçus, il n’a pas pu s’en servir pour mettre la LÉO à jour et le DGÉ n’a pas pu mettre la LÉD à jour à l’aide de ces renseignements. Cette

fourth discrepancy is tied into the first; it is not an independent basis for finding that the certificates were not completed. That the pages for oaths and for vouching were blank is consistent with these people providing photographic identification rather than establishing their addresses through vouching.

[102] There was evidence that the registration certificates had been completed but misplaced after the election. First, the poll book listed the names of 33 persons having completed certificates. Second, the DRO, when asked eight months after the election, said she thought she had completed the 33 certificates. An email dated January 4, 2012, from the respondent Allan Sperling, the returning officer for Etobicoke Centre, to Trevor Knight, a lawyer at the Office of the CEO, reads:

I spoke to . . . the DRO at 426. She said that 33 registrants sounds about right and they did not record addresses in the poll book because this was a stand-alone poll (a senior's residence) so everyone lived there (which they checked).

She did say she thought they completed the registration certificates and returned them as per process, and added she has done this many times, so knows the process. She is going to talk to her PC [poll clerk] who is usually her partner on election day to see if she can remember anything. [J.C.R., vol. 6, at tab 53]

[103] The application judge placed little weight on the DRO's comments:

The comment that the deputy returning officer "thought" the forms were completed is not definitive, and the statement that "33 sounds about right" is too general to provide much confidence as to whether these documents were completed. [para. 115]

With respect, we see the matter differently. Any vagueness in the DRO's evidence is consistent with her being asked to recall something that occurred eight months earlier. Her recollection provides direct evidence that she knew she had to complete registration certificates.

prétendue quatrième anomalie est liée à la première; elle n'étaye pas de façon indépendante la conclusion que les certificats n'ont pas été remplis. Il se peut que les pages consacrées aux serments et aux répondants soient vierges parce que ces personnes ont produit une pièce d'identité munie d'une photo plutôt que de faire établir leur adresse par un répondant.

[102] On a présenté une preuve indiquant que les certificats d'inscription ont été remplis, mais qu'ils ont été égarés après l'élection. En premier lieu, les noms de 33 personnes ayant rempli des certificats figuraient dans le cahier du scrutin. En deuxième lieu, interrogée à ce sujet huit mois après l'élection, la scrutatrice a répondu qu'elle croyait avoir rempli les 33 certificats. Voici le texte d'un courriel envoyé le 4 janvier 2012 par l'intimé Allan Sperling, le directeur du scrutin d'Etobicoke-Centre, à Trevor Knight, un avocat du Bureau du DGÉ :

[TRADUCTION] J'ai parlé à [. . .], la scrutatrice du bureau de scrutin n° 426. Selon elle, le nombre de 33 personnes inscrites semble à peu près exact et ils n'ont pas consigné les adresses dans le cahier du scrutin parce qu'ils travaillaient dans un bureau de scrutin séparé (une résidence pour personnes âgées), alors tout le monde y habitait (ils l'ont vérifié).

Elle a dit croire qu'ils avaient rempli les certificats d'inscription et les avaient retournés conformément à la procédure. Elle a aussi dit avoir fait cela à de nombreuses reprises, elle connaît donc la procédure. Elle va parler à sa GS [greffière du scrutin], avec qui elle travaille d'habitude le jour du scrutin, pour savoir si elle se rappelle quelque chose. [d.c.c., vol. 6, l'onglet 53]

[103] Le juge saisi de la requête a accordé peu de poids aux remarques de la scrutatrice :

[TRADUCTION] La remarque voulant que la scrutatrice « croi[e] » que les formulaires ont été remplis n'est guère concluante, et l'affirmation selon laquelle « le nombre de 33 personnes inscrites semble à peu près exact » est trop générale pour établir avec beaucoup de certitude si ces documents ont été remplis. [par. 115]

En toute déférence, nous voyons les choses autrement. Toute imprécision dans le témoignage de la scrutatrice s'accorde avec le fait qu'on lui a demandé de se rappeler un fait survenu huit mois plus tôt. Son souvenir prouve directement qu'elle était consciente de son obligation de remplir les certificats d'inscription.



[104] Mr. Opitz argues that, to find that the registration certificates were not completed would require the following assumptions: (a) the DRO and the poll clerk ignored their training; (b) the DRO did not know or ignored that an unregistered voter must complete a registration certificate; and (c) despite not following the registration procedure, the DRO or poll clerk still recorded the names of these 26 people in the list of those who voted by certificate. In light of the DRO's comments in the email and the evidence that the poll clerk filled out the relevant poll book page, these three assumptions are improbable, to say the least.

[105] Considering the evidence as a whole, Mr. Wrzesnewskyj has failed to satisfy us that there was an irregularity. We would restore these 26 votes.

(3) Poll 174 (8 Votes at Issue)

[106] At poll 174, eight persons on the OLE did not have identification and required vouching to establish their identity. The page listing *vouchers* is completed with eight names, but the page that should list *vouchees* is not filled in. However, next to the name of each *voucher* is an indication of the relationship of the voucher to the vouchee (e.g., “spouse” or “mother”).

[107] Not recording the names of vouchees contravenes s. 162(f) of the Act. However, there is a distinction between proper vouching and proper record-keeping of vouching. Vouching is a means of establishing identity and residence. Vouching establishes the relation between the person who is physically present at the polling station and that person's attributes of age, citizenship and residency. Improper vouching can amount to an “irregularity” if it means that identity and residence were not established, which go to entitlement. By contrast, incorrect *record-keeping*

[104] M. Opitz soutient que, pour conclure que les certificats d'inscription n'ont pas été remplis, il faudrait se fonder sur les suppositions suivantes : (a) la scrutatrice et le greffier du scrutin n'ont pas tenu compte de la formation qui leur avait été donnée; (b) la scrutatrice ne savait pas ou n'a pas tenu compte du fait qu'un électeur non inscrit sur la liste électorale doit remplir un certificat d'inscription; et (c) bien qu'ils n'aient pas suivi la procédure d'inscription, la scrutatrice ou le greffier du scrutin ont malgré tout inscrit les noms de ces 26 personnes sur la liste des électeurs ayant voté sur remise d'un certificat. Vu les propos de la scrutatrice rapportés dans le courriel et la preuve que le greffier du scrutin a rempli la page pertinente du cahier du scrutin, les trois suppositions susmentionnées sont pour le moins peu vraisemblables.

[105] Compte tenu de l'ensemble de la preuve, M. Wrzesnewskyj ne nous a pas convaincus qu'une irrégularité était survenue. Nous sommes d'avis de rétablir ces 26 votes.

(3) Bureau de scrutin n° 174 (8 votes en litige)

[106] Au bureau de scrutin n° 174, huit personnes inscrites sur la LÉO n'avaient pas de pièce d'identité et devaient avoir recours à un répondant pour faire établir leur identité. Huit noms apparaissent sur la page qui contient la liste des *répondants*, mais la page sur laquelle doivent figurer les *personnes dont quelqu'un répond* n'est pas remplie. Le lien entre le répondant et la personne dont il répond (p. ex., « conjoint » ou « mère ») est toutefois indiqué à côté du nom de chaque *répondant*.

[107] L'omission de consigner les noms des personnes dont quelqu'un répond contrevient à l'al. 162f) de la Loi. Il faut cependant faire la distinction entre le respect des règles d'identification par un répondant et le respect des règles de consignation de cette procédure dans les registres. Le recours à un répondant sert à établir l'identité et la résidence d'un électeur. Cette procédure établit le lien entre la personne présente au bureau de scrutin et ses attributs, en l'occurrence son âge, sa citoyenneté et sa résidence. Le non-respect des règles d'identification par un répondant peut constituer une

of vouching, on its own, cannot amount to an “irregularity”.

[108] Based on the evidence, it can easily be inferred that vouching was properly conducted. There were persons on the OLE who, in terms of last names, addresses and ages, matched the familial relationship in question. It is easy to identify the full names of the vouchees from the information noted. Initials have been used in these reasons because of a confidentiality order applicable to names of voters. To give one example, the page of vouchers indicates that “L.F.” vouched for her spouse. The page for vouchees is blank, and so we do not know from that page of the poll book the name of her spouse. However, the OLE contains only two persons with the same last name: L.F. and A.F. with the same address, born in 1935 and 1932 respectively. It is a reasonable inference that A.F. is the spouse in question.

[109] The application judge disregarded this evidence, calling it a “forensic analysis” (para. 146). With respect, such labelling does not justify a refusal to take account of relevant evidence and draw reasonable inferences from it. The identification of the vouchees is easily determined on the evidence before the Court. Mr. Wrzesnewskyj has not satisfied us that there was an irregularity. We would restore these eight votes.

(4) Poll 89 (10 Votes at Issue)

[110] On a registration certificate, an elector is required to sign in Box 5 after the following declaration:

I, the person whose name appears in Box 1, certify that I am a Canadian citizen, 18 years of age or over on polling day and have been ordinarily resident at the address appearing in box 2. . . . I certify that the information provided on this form is accurate.

« irrégularité » si l’identité et la résidence n’ont pas été établies, car c’est alors le droit de voter qui est en cause. À l’opposé, le non-respect des règles de *consignation* de cette procédure *dans les registres* ne peut constituer à elle seule une « irrégularité ».

[108] On peut facilement conclure de la preuve que les règles d’identification par un répondant ont été suivies. Il y a des personnes figurant sur la LÉO dont le nom de famille, l’adresse et l’âge concorde avec le lien de parenté en question. Il est facile de trouver les noms complets des électeurs dont un autre électeur a répondu à partir des renseignements consignés. Les initiales sont employées dans les présents motifs en raison d’une ordonnance de confidentialité visant les noms des électeurs. À titre d’exemple, la page consacrée aux répondants indique que « L.F. » a répondu de son conjoint. La page consacrée aux électeurs de qui un autre électeur a répondu est vierge; cette page du cahier du scrutin ne permet donc pas de connaître le nom de son conjoint. Par contre, on ne trouve sur la LÉO que deux personnes ayant le même nom de famille, L.F. et A.F., vivant à la même adresse et nées respectivement en 1935 et 1932. On peut raisonnablement déduire qu’A.F. est le conjoint de L.F.

[109] Le juge saisi de la requête n’a pas tenu compte de cette preuve, la qualifiant d’[TRADUCTION] « analyse criminalistique » (par. 146). Soit dit en toute déférence, cette qualification ne justifie pas le refus de prendre en considération la preuve pertinente et d’en tirer des conclusions raisonnables. Il est facile d’identifier les personnes dont les autres électeurs ont répondu à partir de la preuve soumise à la Cour. M. Wrzesnewskyj ne nous a pas convaincus qu’il y avait irrégularité. Nous sommes d’avis de rétablir les huit votes en question.

(4) Bureau de scrutin n° 89 (10 votes en litige)

[110] L’électeur doit signer à la case n° 5 du certificat d’inscription sous la déclaration suivante :

Je, dont le nom apparaît dans la case n° 1, certifie que je suis citoyen canadien, que j’ai 18 ans ou plus le jour du scrutin et que je réside habituellement à l’adresse indiquée à la case n° 2. [ . . . ] Je déclare que les renseignements fournis ci-haut sont exacts.

An election official must sign below in Box 6. In poll 89, the official signed the 10 certificates in the place where the voter was supposed to sign. There were no voter signatures.

[111] This is the one instance where Mr. Wrzesnewskyj has established an “irregularity”: there is no signature, contrary to s. 161(4) of the Act, and this goes to entitlement to vote since the declaration serves to establish age and citizenship. From this, the application judge concluded that he should reject the 10 votes with unsigned certificates:

Any understanding of the registration certificate should begin with a reading that is consistent with what is present on its face. . . . In my mind, it is more likely that the polling official . . . did not deal with citizenship. In the absence of any indication that the question of qualification was raised, I am not prepared to find that citizenship was certified. . . .

. . . There is nothing to suggest that the prospective voters were asked to, or did, declare they were qualified to vote. [paras. 126-27]

[112] With respect, we believe the application judge stopped short of the mark. In our view, he focused exclusively on the absence of voters’ signatures and failed to consider other evidence from which it could reasonably be inferred that the 10 voters were entitled to vote. The election official completed each registration certificate in full. On each certificate, he took down the elector’s first and last name, full address, and date of birth. He signed and dated the certificate. He rewrote all 10 names and addresses on the poll book page “RECORD OF ELECTORS VOTING BY *REGISTRATION CERTIFICATE*”.

[113] The application judge did not consider this evidence. In our view, he erred in failing to do so. Accordingly, his findings are not entitled to deference.

Un fonctionnaire électoral doit signer plus bas, à la case n<sup>o</sup> 6. Au bureau de scrutin n<sup>o</sup> 89, le fonctionnaire a apposé sa signature sur les 10 certificats à l’endroit où l’électeur était censé signer. Aucune signature d’électeur n’apparaît sur ces certificats.

[111] C’est le seul cas où M. Wrzesnewskyj a établi une « irrégularité » : aucune signature n’apparaît, en contravention du par. 161(4) de la Loi, et cette irrégularité concerne le droit de voter de l’électeur parce que la déclaration vise à établir son âge et sa citoyenneté. Le juge saisi de la requête en a déduit qu’il devait rejeter les votes des 10 électeurs n’ayant pas signé leur certificat d’inscription :

[TRADUCTION] La compréhension du certificat d’inscription doit se fonder sur une interprétation conforme à ce qui y figure clairement. [. . .] À mon avis, il est probable que le fonctionnaire du scrutin [. . .] n’a pas examiné la citoyenneté. Faute d’indication que la question de la qualité d’électeur a été soulevée, je ne suis pas disposé à conclure que l’électeur a attesté être citoyen canadien . . .

. . . Rien n’indique qu’on a demandé aux électeurs potentiels de déclarer avoir qualité d’électeur ou qu’ils ont déclaré avoir cette qualité. [par. 126-127]

[112] En toute déférence, nous croyons que le juge saisi de la requête n’a pas examiné la question sous tous ses angles. À notre avis, il s’est attaché exclusivement à l’absence de signatures des électeurs et a fait abstraction d’autres éléments de preuve qui permettraient raisonnablement de conclure que ces 10 électeurs avaient le droit de voter. Le fonctionnaire électoral a rempli entièrement tous les certificats d’inscription. Il a inscrit sur chacun d’eux les prénom, nom de famille, adresse complète et date de naissance de l’électeur concerné. Il a signé et daté les certificats. Il a également retranscrit les 10 noms et adresses sur la page du cahier du scrutin qui a pour titre « *REGISTRE DES ÉLECTEURS VOTANT PAR CERTIFICAT D’INSCRIPTION* ».

[113] Le juge saisi de la requête n’a pas tenu compte de cette preuve. Nous estimons qu’il a commis une erreur en s’en abstenant. Il n’y a donc pas lieu de faire preuve de retenue à l’égard de ses conclusions.

[114] This is not a situation in which the certificates do not have any signature on them. The 10 misplaced signatures are consistent with a clerical mistake. The mistake was outside the voters' control. From the election official's signature, it is reasonable to infer, in the absence of evidence to the contrary, that he knew the prerequisites that needed to be met for a voter to register and was satisfied that they were met in each case.

[115] Absent evidence of fraud or corruption, we find it highly improbable that the election official would put his signature on completely filled out registration forms without being satisfied of the voters' entitlement to vote, on 10 separate occasions. We would restore these 10 votes.

[116] Moreover, one of the voters with an unsigned registration certificate is on the OLE for poll 89. That voter did not need to complete a registration certificate at all. Her presence on the OLE established her age and citizenship.

(5) Conclusion on Mr. Opitz's Appeal

[117] We would allow Mr. Opitz's appeal and restore 15 votes at poll 31, 26 votes at poll 426, 8 votes at poll 174 and 10 votes at poll 89. The total restored is 59 votes. This leaves 20 votes that have not been restored. Under the magic number test, 20 votes is less than the winner's plurality of 26. It is not necessary to discuss the remainder of the votes rejected by the application judge because, as we explain below, we would dismiss Mr. Wrzesnewskyj's cross-appeal. Although we have not discussed the remaining 20 votes in these reasons, we have considered them and we have no reason to believe that any of the 20 voters were not in fact entitled to vote.

[114] Nous ne sommes pas devant des certificats qui ne portent aucune signature. Les 10 signatures apposées au mauvais endroit sont compatibles avec une erreur d'écriture. Cette erreur était indépendante de la volonté des électeurs. En l'absence de preuve contraire, on peut raisonnablement conclure de la signature du fonctionnaire électoral qu'il était au fait des conditions préalables que devait remplir l'électeur pour s'inscrire et qu'il était convaincu que ces conditions avaient été remplies dans tous les cas.

[115] Sans preuve de fraude ou de manœuvre frauduleuse, il nous apparaît fort improbable que le scrutateur ait apposé à 10 occasions distinctes sa signature sur des formulaires d'inscription entièrement remplis sans être convaincu que les électeurs en cause avaient le droit de voter. Nous sommes d'avis de rétablir ces 10 votes.

[116] Qui plus est, une électrice dont le certificat d'inscription n'est pas signé figure sur la LÉO établie pour la section de vote n° 89. Cette électrice n'était nullement tenue de remplir un certificat. Son inscription sur la LÉO faisait foi de son âge et de sa citoyenneté.

(5) Conclusion sur le pourvoi formé par M. Opitz

[117] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi de M. Opitz et de rétablir 15 votes au bureau de scrutin n° 31, 26 votes au bureau de scrutin n° 426, 8 votes au bureau de scrutin n° 174 et 10 votes au bureau de scrutin n° 89. Le total des votes rétablis s'élève à 59. Vingt votes n'ont donc pas été rétablis. Selon le critère du nombre magique, le nombre de 20 votes est inférieur à la majorité de 26 voix obtenue par le vainqueur. Point n'est besoin d'analyser les autres votes rejetés par le juge de première instance, car, comme nous l'expliquons plus loin, nous sommes d'avis de rejeter l'appel incident de M. Wrzesnewskyj. Bien que nous n'ayons pas traité des 20 autres votes dans les présents motifs, nous les avons examinés et nous n'avons aucune raison de croire que l'un de ces 20 électeurs n'avait en fait pas le droit de voter.

B. *Mr. Wrzesnewskyj's Cross-Appeal*(1) Incorrect Polling Division (Polls 16 and 31)

[118] Mr. Wrzesnewskyj alleges that the application judge should have disqualified votes where the elector voted within the proper electoral district, but in the incorrect polling division. At issue are one vote in poll 16 and 66 votes in poll 31. The electors voted by registration certificate and listed an address within Etobicoke Centre, but outside the polling divisions for polls 16 and 31.

[119] Voting in the wrong polling division has no effect on the result of the election; the ballot boxes from each polling division are aggregated in the overall tally for the electoral district. It is not comparable to voting in the incorrect riding, for a different member of Parliament. Polling divisions exist for administrative and practical efficiency on election day. We see no reason to disturb the application judge's finding that these votes should stand.

(2) Address Oaths Requiring Vouching (Polls 16 and 21)

[120] Mr. Wrzesnewskyj argues that the application judge should have disqualified six votes at poll 16 and six at poll 21 where the poll books do not record which type of oath was taken, contrary to s. 162(f) of the Act. On the page in each poll book for electors who swore oaths, alongside each name is the notation "no address ID" or no notation at all. Mr. Wrzesnewskyj argued that "no address ID" meant that each voter did not have identification and thus needed to be vouched for, pursuant to s. 143(3). The absence of vouchers' names would imply vouching had not been performed. Because

B. *Appel incident de M. Wrzesnewskyj*(1) Mauvaise section de vote (bureaux de scrutin n<sup>o</sup> 16 et n<sup>o</sup> 31)

[118] M. Wrzesnewskyj soutient que le juge de première instance aurait dû rejeter les votes d'électeurs ayant voté dans la bonne circonscription, mais dans la mauvaise section de vote. Le litige porte sur un vote enregistré au bureau de scrutin n<sup>o</sup> 16 et 66 votes enregistrés au bureau de scrutin n<sup>o</sup> 31. Les électeurs en cause ont voté sur remise d'un certificat d'inscription et ont décliné une adresse située dans Etobicoke-Centre, mais à l'extérieur des sections de vote n<sup>os</sup> 16 et 31.

[119] Le fait de voter dans la mauvaise section de vote n'a aucune incidence sur le résultat de l'élection; on regroupe les urnes de chaque section de vote pour le décompte du total des votes enregistrés dans la circonscription. Ce n'est pas comparable au fait de voter dans la mauvaise circonscription à l'élection du député de cette autre circonscription. Les sections de vote existent par souci d'efficacité administrative et pratique le jour du scrutin. Nous ne voyons aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance que ces votes doivent être inclus dans le décompte.

(2) Serments relatifs à l'adresse exigeant le recours à un répondant (bureaux de scrutin n<sup>os</sup> 16 et 21)

[120] M. Wrzesnewskyj soutient que le juge de première instance aurait dû rejeter six votes du bureau de scrutin n<sup>o</sup> 16 et six votes du bureau de scrutin n<sup>o</sup> 21 parce que les cahiers de scrutin n'indiquent pas quel type de serment a été prêté, ce qui contrevient à l'al. 162f) de la Loi. Sur la page de tous les cahiers de scrutin consacrée aux électeurs ayant prêté serment, chaque nom est accompagné de la mention [TRADUCTION] « aucune pièce d'identité indiquant l'adresse » ou n'est accompagné d'aucune mention. Selon M. Wrzesnewskyj, la mention « aucune pièce d'identité indiquant l'adresse » signifie qu'aucun

vouching is a means of identification, this would be non-compliance going to entitlement.

[121] The application judge found that it was not possible to “so carefully parse the words ‘no address ID’ to ascertain with certainty the circumstances in which the oath was required” (para. 138). On its face, the poll book could reflect the circumstance contemplated by s. 143(3.2), where a “candidate or candidate’s representative who has reasonable doubts concerning the residence of an elector referred to in that subsection may request that the elector take the prescribed oath”. No vouching would then be needed. We see no basis for interfering with the application judge’s finding.

(3) Registration Certificate Not Completed (Poll 89)

[122] In poll 89, two voters were not on the OLE, and thus required a registration certificate to vote. However, no certificates were found and they were not listed on the page for electors voting by registration certificate. This suggests that no registration certificates were completed.

[123] However, there is evidence that the voters were entitled to vote. Both voters were listed in the poll book under “RECORD OF ELECTORS REQUIRING AN OATH” and are shown as having been vouched for by relatives, with names and addresses provided. The oath sworn to by the vouchee reads:

OATH OF PERSON VOUCHERED FOR

. . . .

You swear or solemnly affirm that:

- you are (state name) of (state address);
- you have attained 18 years of age;

des électeurs en cause n’avait de pièce d’identité et qu’un autre électeur devait répondre d’eux conformément au par. 143(3). L’absence du nom des répondants laisserait supposer qu’il n’y a pas eu de répondants. Puisque le recours à un répondant constitue un moyen d’identification, cette violation de la Loi met en cause le droit de voter.

[121] Le juge saisi de la requête a conclu à l’impossibilité d’[TRADUCTION] « interpréter aussi précisément les mots “aucune pièce d’identité indiquant l’adresse” pour établir avec certitude les circonstances dans lesquelles le serment avait été exigé » (par. 138). À première vue, le cahier du scrutin peut illustrer la situation, visée par le par. 143(3.2), où le « candidat ou son représentant qui a des doutes raisonnables au sujet de la résidence de l’électeur peut lui demander de prêter le serment prescrit ». Il ne serait alors pas nécessaire de recourir à un répondant. Nous ne voyons aucune raison de modifier la conclusion du juge saisi de la requête sur ce point.

(3) Omission de remplir le certificat d’inscription (bureau de scrutin n° 89)

[122] Au bureau de scrutin 89, deux électeurs ne figuraient pas sur la LÉO et devaient donc remplir un certificat d’inscription pour voter. Aucun certificat n’a cependant été retrouvé ni mentionné sur la page consacrée aux électeurs votant sur remise d’un certificat d’inscription. Cela semble indiquer qu’aucun certificat d’inscription n’a été rempli.

[123] La preuve révèle toutefois que les deux électeurs avaient le droit de voter. En effet, leur nom figure dans le cahier du scrutin sous le titre « REGISTRE DES ÉLECTEURS DEVANT PRÊTER SERMENT » et il est indiqué que des parents, dont les nom et adresse sont fournis, ont répondu d’eux. Le serment d’une personne dont quelqu’un répond est rédigé ainsi :

SERMENT D’UNE PERSONNE DONT QUELQU’UN RÉPOND

. . . .

Vous jurez ou affirmez solennellement que :

- vous êtes (nom) de (adresse);
- vous avez atteint l’âge de 18 ans;

- you are a Canadian citizen;
- you are a resident of this polling division;
- you have not already voted at this electoral event

(If sworn, add SO HELP YOU GOD)

(Sample Poll Book, at p. 15, see J.C.R., vol. 1, at tab 12.)

[124] The application judge was satisfied that both voters had sworn this oath. We have no reason to question this finding.

(4) No Voucher Name, Only Voucher's Relationship to Vouchee (Polls 89 and 400)

[125] Two voters in poll 89 and two voters in poll 400 are on the OLE but are also on the list of vouchees. That can only mean that they did not have sufficient identification. For each, the names of their respective vouchers are missing. Instead of a name, the voucher is identified by his or her relationship to the vouchee (e.g., mother, daughter-in-law) followed by “ditto marks” to indicate they have the same address as the vouchee. The scenario is virtually identical to that at poll 174 addressed earlier, with the only difference being that here it is the name of the *voucher*, and not of the *vouchee*, that is missing. Mr. Wrzesnewskyj submits that the absence of names amounts to an irregularity. This issue was not raised before the application judge. For the same reasons as we gave for poll 174 above, we find that this is not an irregularity. We dismiss Mr. Wrzesnewskyj's argument with respect to these four voters.

(5) Missing Vouchers (Poll 400)

[126] Mr. Wrzesnewskyj alleges the application judge should have discounted six votes at

- vous avez la citoyenneté canadienne;
- vous résidez dans cette section de vote;
- vous n'avez pas déjà voté au scrutin en cours.

(Si le serment est prêté, ajoutez AINSI DIEU VOUS SOIT EN AIDE)

(Exemple de cahier du scrutin, p. 15, voir le d.c.c., vol. 1, onglet 12.)

[124] Le juge saisi de la requête était convaincu que les deux électeurs ont prêté le serment reproduit ci-dessus. Nous n'avons aucune raison de mettre en doute cette conclusion.

(4) Absence du nom du répondant, qui n'est identifié que par le lien qui l'unit à la personne dont il répond (bureaux de scrutin n<sup>os</sup> 89 et 400)

[125] Deux électeurs du bureau de scrutin n<sup>o</sup> 89 et deux électeurs du bureau de scrutin n<sup>o</sup> 400 figurent non seulement sur la LÉO, mais aussi sur la liste des personnes dont quelqu'un a répondu. Cela peut seulement signifier qu'ils n'avaient pas de pièces d'identité adéquates. Il manque le nom du répondant de chacun de ces électeurs. Le répondant est plutôt identifié par le lien qui l'unit à la personne dont il répond (p. ex. mère, bru), suivi de « guillemets de répétition » pour indiquer qu'il vit à la même adresse que la personne dont il répond. Cette situation est pratiquement identique à celle survenue au bureau de scrutin n<sup>o</sup> 174 que nous avons examinée plus tôt, à la différence près que, dans ce cas-ci, il manque le nom du *répondant*, et non celui de la *personne dont il répond*. M. Wrzesnewskyj affirme que l'absence de noms constitue une irrégularité. Cette question n'a pas été soulevée devant le juge saisi de la requête. Pour les mêmes raisons que nous avons données ci-dessus à propos du bureau de scrutin n<sup>o</sup> 174, nous estimons qu'il ne s'agit pas d'une irrégularité. Nous rejetons l'argument avancé par M. Wrzesnewskyj relativement à ces quatre électeurs.

(5) Répondants introuvables (bureau de scrutin n<sup>o</sup> 400)

[126] M. Wrzesnewskyj prétend que le juge saisi de la requête aurait dû écarter six votes pour le

poll 400. Page 31 of the poll book indicates: “The total number of electors who were vouched for at this polling station is: 16.” But p. 23 shows only 10 vouchers. The application judge found that the remaining six people swore oaths that did not require vouching, such as for error in the spelling of their name on the OLE or in order to assist another elector at the poll booth. Implicit in this is that the number “16” was a clerical error on the poll clerk’s behalf: 16 people swore oaths, but only 10 were in the context of vouching. We see no reason to interfere.

(6) Voters Alleged to Have Voted More Than Once (Poll 426)

[127] Mr. Wrzesnewskyj submits that six electors at poll 426 may have voted twice. Six names on the list of electors who voted by registration certificate match six names on the OLE. On the OLE, these six names are crossed off (meaning they were given a ballot) and checked off (meaning they voted). Their presence on the registration certificate list means they were given a ballot. Mr. Wrzesnewskyj argued that each of these six voted once by registration, and once by “enumeration”. The number of people checked off on the OLE (173) plus the number voting by certificate (33) added up to the total number of ballots (206). This would effectively count these six persons twice and, in Mr. Wrzesnewskyj’s submission, supports that those six had voted twice.

[128] At first instance, Mr. Wrzesnewskyj made a similar argument, saying that there were *five* electors on both lists. The application judge identified five instances on the OLE where a name

bureau de scrutin n° 400. Il est indiqué ce qui suit à la page 31 du cahier du scrutin : « Le nombre total des électeurs qui se sont inscrits avec un répondant à ce bureau de scrutin est de : 16. » Mais d’après la p. 23, il n’y avait que 10 répondants. Le juge saisi de la requête a conclu que les six autres personnes ont prêté serment sans avoir besoin d’un répondant, par exemple, pour faire corriger une erreur dans l’orthographe de leur nom sur la LÉO ou pour aider un autre électeur dans l’isoloir. Il ressort implicitement de cette conclusion que l’inscription du nombre « 16 » était une erreur d’écriture commise par le greffier du scrutin : 16 personnes ont prêté serment, mais seulement 10 d’entre elles l’ont fait dans le contexte de la procédure d’identification par un répondant. Nous ne voyons aucune raison de modifier cette conclusion.

(6) Électeurs qui auraient voté plus d’une fois (bureau de scrutin n° 426)

[127] M. Wrzesnewskyj soutient que six électeurs ont peut-être voté deux fois au bureau de scrutin n° 426. La liste des électeurs ayant voté sur remise d’un certificat d’inscription contient six noms qui figurent également sur la LÉO, où ces six noms sont rayés (ce qui veut dire qu’on leur a remis un bulletin de vote) et cochés (ce qui signifie qu’ils ont voté). Ils figurent sur la liste des électeurs ayant voté sur remise d’un certificat d’inscription parce qu’on leur a remis un bulletin de vote. Selon M. Wrzesnewskyj, ces six électeurs ont tous voté une première fois sur remise d’un certificat d’inscription et une deuxième fois sur le fondement de leur inscription antérieure sur la liste électorale. La somme des personnes dont le nom a été coché sur la LÉO (173) et des électeurs ayant voté sur remise d’un certificat d’inscription (33) correspond au nombre total des bulletins de vote (206). On obtient effectivement ce résultat en comptant deux fois ces six électeurs et, de l’avis de M. Wrzesnewskyj, cela démontre qu’ils ont voté deux fois.

[128] M. Wrzesnewskyj a présenté un argument semblable en première instance, disant que *cinq* électeurs figuraient sur les deux listes. Le juge saisi de la requête a trouvé dans la LÉO cinq noms qui



was crossed off but not checked off. He concluded that the most logical explanation was that the election official simply neglected to *check off* these other five people as having voted (para. 89). This increased from 173 to 178 the number of persons who voted by enumeration. This meant there was no discrepancy in the count: people voting from the OLE (178) plus electors voting by registration (33) minus the five duplicates added to the total (206). Implicit in this explanation was that these five had voted by registration but the polling official had later found them on the OLE and crossed them off for good measure. The application judge concluded there was no evidence of double-voting. We would not disturb this finding of fact.

[129] Mr. Wrzesnewskyj now submits that there are *six* electors on both lists instead of five. The application judge only addressed the five that Mr. Wrzesnewskyj raised before him. Also within poll 426, Mr. Wrzesnewskyj raises another case where it appears a voter voted twice. On the list of 33 persons who voted by registration certificate, the same handwritten name appears twice: once as the 11th person, and once as the 31st person.

[130] In light of the fact that we have restored 59 votes, and that only 20 votes remain disqualified by the application judge, we need not consider these two allegations of double-voting. Assuming they can be raised for the first time on appeal, even if sound, they are not enough for Mr. Wrzesnewskyj's application under s. 524 to succeed.

#### (7) Conclusion on Cross-Appeal

[131] For the reasons given, we would dismiss Mr. Wrzesnewskyj's cross-appeal.

sont rayés, mais non cochés. Selon lui, l'explication la plus logique est que le fonctionnaire électoral a simplement omis *de cocher* les noms de ces cinq autres personnes pour indiquer qu'elles avaient voté (par. 89). Cette omission a fait passer de 173 à 178 le nombre de personnes ayant voté sur la base de leur inscription antérieure sur la LÉO. Il n'y a donc pas d'écart dans le calcul : la somme des électeurs déjà inscrits sur la LÉO (178) et de ceux ayant voté après s'être inscrits (33), à laquelle on soustrait les cinq personnes figurant sur les deux listes, correspond au total (206). Cette explication signifie implicitement que ces cinq personnes ont voté sur remise d'un certificat d'inscription, mais que le fonctionnaire du scrutin a trouvé plus tard leur nom dans la LÉO et l'a rayé par mesure de précaution. Le juge saisi de la requête a conclu qu'aucune preuve n'établissait que quelqu'un avait voté deux fois. Nous sommes d'avis de ne pas modifier cette conclusion de fait.

[129] M. Wrzesnewskyj soutient maintenant que *six* électeurs, plutôt que cinq, figurent sur les deux listes. Le juge saisi de la requête n'a analysé que les cas des cinq électeurs soulevés devant lui par M. Wrzesnewskyj. Celui-ci soulève par ailleurs un cas différent où il semble qu'un électeur ait voté deux fois, toujours au bureau de scrutin n° 426. Sur la liste des 33 électeurs ayant voté sur remise d'un certificat d'inscription, le même nom est écrit deux fois à la main, soit pour les 11<sup>e</sup> et 31<sup>e</sup> personnes inscrites.

[130] Puisque nous avons rétabli 59 votes, et qu'il reste seulement 20 votes rejetés par le juge de première instance, il n'est pas nécessaire d'examiner ces deux allégations voulant que deux électeurs aient voté deux fois. À supposer que l'on puisse les soulever pour la première fois en appel, ces allégations, même si elles étaient justifiées, sont insuffisantes pour que la requête présentée par M. Wrzesnewskyj en vertu de l'art. 524 soit accueillie.

#### (7) Conclusion sur l'appel incident

[131] Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis de rejeter l'appel incident de M. Wrzesnewskyj.

## V. Conclusion

[132] As indicated, we find it unnecessary to consider whether the balance of 20 votes rejected by the application judge should be restored. Even if these votes were properly rejected, they are fewer in number than the plurality of 26 votes. Had all 20 persons voted for Mr. Opitz, discounting them would not have been sufficient for Mr. Wrzesnewskyj to be successful in the election in Etobicoke Centre. For these reasons, we would allow the appeal, dismiss the cross-appeal and dismiss Mr. Wrzesnewskyj's application under s. 524 of the Act.

[133] In view of the circumstances of this case, there will be no award of costs.

## VI. Motion to Adduce Fresh Evidence

[134] The CEO and the returning officer brought a motion for directions, seeking to adduce fresh evidence, pursuant to s. 62(3) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, and Rules 3 and 47 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156. The fresh evidence is a chart compiled by Elections Canada employees, based on the NROE. The employees matched handwritten names in the poll books of polls 426, 89 and 31 to names in the NROE. The NROE is periodically updated by reference to the FLE and to various governmental databases. Evidence from an NROE may be relevant in a contested election application. Presence of a name on the NROE is proof of that person's citizenship and age: s. 44 of the Act. Evidence from the NROE can be helpful to the application judge in assessing "irregularities . . . that affected the result of the election" because it serves as evidence of a voter's entitlement.

[135] Mr. Wrzesnewskyj objected to the introduction of the new evidence. As the proposed evidence

## V. Conclusion

[132] Comme nous l'avons indiqué, nous estimons inutile de déterminer si les 20 votes restant rejetés par le juge de première instance doivent être rétablis. Même si ces votes avaient été rejetés à bon droit, leur nombre est inférieur à la majorité de 26 voix. Si les 20 personnes avaient toutes voté pour M. Opitz, le rejet de leurs votes n'aurait pas été suffisant pour que M. Wrzesnewskyj remporte l'élection dans Etobicoke-Centre. Pour ces motifs, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, de rejeter l'appel incident et de rejeter la requête présentée par M. Wrzesnewskyj en vertu de l'art. 524 de la Loi.

[133] Compte tenu des circonstances du pourvoi, aucune ordonnance ne sera prononcée relativement aux dépens.

## VI. Requête en présentation d'une nouvelle preuve

[134] Le DGÉ et le directeur du scrutin ont demandé des instructions par voie de requête dans le but de produire une nouvelle preuve, conformément au par. 62(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, et aux règles 3 et 47 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156. Cette nouvelle preuve est un tableau dressé par des fonctionnaires d'Élections Canada sur la base du RNÉ. Les fonctionnaires ont établi une correspondance entre des noms écrits à la main dans les cahiers du scrutin des bureaux de scrutin n<sup>os</sup> 426, 89 et 31 et des noms inscrits dans le RNÉ, mis à jour périodiquement à partir de la LÉD et de différentes bases de données gouvernementales. La preuve tirée du RNÉ peut être pertinente dans le cadre d'une requête en contestation d'élection. L'inscription du nom d'une personne dans le RNÉ fait foi de sa citoyenneté et de son âge : art. 44 de la Loi. La preuve tirée du RNÉ peut aider un juge saisi d'une requête à apprécier les « irrégularité[s] [. . .] ayant influé sur le résultat de l'élection » parce qu'elle établit le droit de voter d'un électeur.

[135] M. Wrzesnewskyj s'est opposé à la présentation de la nouvelle preuve. Comme la preuve

could only assist Mr. Opitz, given our conclusion, we need not consider it. For that reason, we would dismiss the motion to adduce fresh evidence.

The reasons of the Chief Justice and LeBel and Fish JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting)—

### I. Introduction

[136] The issue in this case is whether the federal election in the riding of Etobicoke Centre should be annulled because of votes cast by individuals who were not entitled to vote under the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9 (“Act”).

[137] An election outcome may be contested by a candidate on the basis of “irregularities . . . that affected the result of the election” (s. 524(1)(b) of the Act). Borys Wrzesnewskyj made an application under s. 524 of the Act after being defeated in the federal election of May 2, 2011, by a margin of 26 votes. The application judge declared the election null and void, finding that 79 of the votes cast were irregular and affected the result of the election. Because the number of irregular votes exceeded the winner’s plurality of 26 votes, he held that the election could not stand (2012 ONSC 2873, 110 O.R. (3d) 350).

[138] I would dismiss the appeal. The election result in Etobicoke Centre should be annulled because of “irregularities . . . that affected the result of the election”. The irregularities in this case concerned ballots cast by individuals who were not entitled to vote.

[139] An individual must be entitled to vote before casting a ballot for the Member of Parliament for the riding where she is ordinarily resident. The Act sets out a comprehensive scheme defining entitlement to vote: ss. 6, 143(2), (3), 148.1, 149 and 161. In general, there are three prerequisites to entitlement to vote: qualification, registration and identification.

proposée ne peut que servir la cause de M. Opitz, compte tenu de notre conclusion, nous n’avons pas à l’examiner. Pour cette raison, nous sommes d’avis de rejeter la requête en présentation d’une nouvelle preuve.

Version française des motifs de la Juge en chef et des juges LeBel et Fish rendus par

LA JUGE EN CHEF (dissidente)—

### I. Introduction

[136] En l’espèce, il s’agit de déterminer si l’élection fédérale tenue dans la circonscription d’Etobicoke-Centre doit être annulée parce que des personnes ont voté sans en avoir le droit selon la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9 (« Loi »).

[137] Un candidat peut contester le résultat d’une élection pour cause d’« irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection » (al. 524(1)b de la Loi). Borys Wrzesnewskyj a présenté une requête en vertu de l’art. 524 de la Loi après avoir été défait lors de l’élection fédérale du 2 mai 2011 par une marge de 26 voix. Le juge saisi de la requête a constaté la nullité de l’élection, concluant que 79 des votes étaient irréguliers et avaient influé sur le résultat de l’élection. Le nombre de votes irréguliers excédant la majorité de 26 voix obtenue par le vainqueur, le juge a conclu à l’impossibilité de confirmer l’élection (2012 ONSC 2873, 110 O.R. (3d) 350).

[138] Je suis d’avis de rejeter l’appel. Le résultat de l’élection dans Etobicoke-Centre doit être annulé pour cause d’« irrégularité[s] [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection », en l’occurrence, des votes émanant de personnes qui n’avaient pas le droit de voter.

[139] Pour voter à l’élection du député de la circonscription dans laquelle elle réside habituellement, une personne doit avoir le droit de voter. La Loi établit un régime complet qui définit ce droit : art. 6, par. 143(2) et (3), art. 148.1, 149 et 161. De façon générale, le droit de voter est assujéti à trois conditions préalables : avoir qualité

First, an individual must be *qualified* to vote, in terms of citizenship and age. Second, she must be *registered* to vote, generally either by being on the list of electors or filing a registration certificate. Third, she must be *identified* at the polling station in a way permitted under the Act, whether by providing appropriate pieces of identification or by taking an oath and being vouched for by another elector. There are different ways in which the requirements of entitlement to vote under the Act can be fulfilled, but if any of the prerequisites of entitlement are not satisfied, an individual is not permitted to cast a ballot.

[140] Whether a person is entitled to vote is a distinct question from whether she is qualified to vote. All Canadian citizens who are 18 years or older on election day are qualified electors: s. 3 of the Act. Being a qualified elector is a necessary but not sufficient condition for entitlement to vote. Qualified electors must fulfill all the prerequisites of an entitlement procedure under the Act before voting. These procedures ensure that election officials have verified the qualifications and identity of prospective voters before they cast their ballots. They are fundamental safeguards for the integrity of the electoral system.

[141] Votes cast by persons not entitled to vote are irregularities that can affect the result of the election under s. 524(1)(b) of the Act. If the number of such irregular votes is equal to or exceeds the winner's plurality, then the result of the election is affected and the election should be annulled. This is known as the "magic number" rule. In the present case, the winning candidate in Etobicoke Centre, Ted Opitz, had a plurality of 26 votes. Therefore, the application judge should have annulled the election only if the applicant established that 26 or more ballots were cast by non-entitled voters. The onus was on the applicant to establish the existence of irregularities sufficient to annul the election.

d'électeur, être inscrit et s'identifier. Premièrement, une personne doit avoir *qualité* d'électeur, c'est-à-dire avoir la citoyenneté canadienne et l'âge requis. Deuxièmement, elle doit être *inscrite* pour voter, généralement en figurant déjà sur la liste électorale ou en déposant un certificat d'inscription. Troisièmement, elle doit *s'identifier* au bureau de scrutin de l'une des manières permises par la Loi, soit en produisant des pièces d'identité adéquates ou en prêtant serment et en étant accompagnée d'un autre électeur qui répond d'elle. Il existe différentes manières de respecter les conditions du droit de voter fixées par la Loi, mais si une personne ne répond pas à l'une ou l'autre de ces conditions, elle n'est pas autorisée à voter.

[140] La question de savoir si une personne a le droit de voter diffère de la question de savoir si elle a qualité d'électeur. Tous les citoyens canadiens âgés de 18 ans ou plus le jour du scrutin ont qualité d'électeurs : art. 3 de la Loi. Il faut avoir qualité d'électeur pour avoir le droit de voter, mais cela ne suffit pas. La personne qui a qualité d'électeur doit en effet, avant de voter, remplir toutes les conditions imposées dans la procédure établie par la Loi concernant le droit de voter. Cette procédure garantit que les fonctionnaires électoraux ont vérifié la qualité et l'identité des électeurs potentiels avant que ceux-ci déposent leur bulletin de vote. Ces mesures de contrôle sont essentielles à l'intégrité du système électoral.

[141] Les votes émanant de personnes qui n'ont pas le droit de voter constituent des irrégularités qui peuvent influencer sur le résultat de l'élection au sens de l'al. 524(1)(b) de la Loi. Si le nombre de ces votes irréguliers est égal ou supérieur à la majorité du vainqueur, ils *influent* sur le résultat de l'élection et l'élection devrait être annulée. C'est ce que l'on appelle la règle du « nombre magique ». En l'espèce, le candidat élu dans Etobicoke-Centre, Ted Opitz, a obtenu une majorité de 26 voix. Par conséquent, le juge saisi de la requête ne devait annuler l'élection que si le requérant établissait que 26 bulletins de vote ou plus émanaient d'électeurs qui n'avaient pas le droit de voter. C'est au requérant qu'incombait le fardeau d'établir l'existence d'irrégularités suffisantes pour faire annuler l'élection.

[142] While the application judge in this case improperly set aside some votes, he did not err with respect to 65 ballots cast by persons not entitled to vote. As this exceeds the plurality of 26 votes, under the “magic number” rule the appeal should be dismissed and the election annulled.

[143] I would also dismiss the motion for fresh evidence.

## II. Analysis

### A. *Applicable Principles of Statutory Construction*

[144] The overriding principle of statutory interpretation is 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, the 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). The best indication of Parliament’s intent is found in the language of the statutory provisions: *R. v. Knott*, 2012 SCC 42, [2012] 2 S.C.R. 470, at para. 54.

[145] The words of the statute must be interpreted with a view to the objectives of the Act. Courts have considered different aspects of the purpose of the Act but none has identified the broad and overarching purpose of the legislation: see, e.g., *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827; *Henry v. Canada (Attorney General)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70, at para. 139. The overarching purpose of the Act is to ensure the democratic legitimacy of federal elections in Canada. This broad purpose encompasses several discrete objectives. The first is to enfranchise individuals who are qualified to vote: *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1058 (*per* Cory J.). A second and complementary objective is to ensure that people who are not qualified to vote do not do so: see *Haig*, at p. 1027, *per* L’Heureux-Dubé J. A third objective is to promote efficiency and

[142] Bien que le juge saisi de la requête en l’espèce ait écarté à tort certains votes, il n’a pas commis d’erreur à l’égard de 65 bulletins de vote émanant de personnes qui n’avaient pas le droit de voter. Suivant la règle du « nombre magique », comme ce nombre excède la majorité de 26 voix obtenue, l’appel doit être rejeté et l’élection doit être annulée.

[143] Je suis aussi d’avis de rejeter la requête en vue de présenter une nouvelle preuve.

## II. Analyse

### A. *Les principes d’interprétation législative applicables*

[144] Selon le principe le plus fondamental d’interprétation législative, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87, cité dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21). Le libellé des dispositions édictées par le législateur est la meilleure indication de son intention : *R. c. Knott*, 2012 CSC 42, [2012] 2 R.C.S. 470, par. 54.

[145] Il faut interpréter les termes d’une loi en tenant compte de ses objectifs. Les tribunaux ont examiné différents aspects de l’objet de la Loi, mais aucun d’entre eux n’a précisé quel en est l’objet général et prépondérant : voir, p. ex., *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827; *Henry c. Canada (Procureur général)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70, par. 139. La Loi a pour objet prépondérant d’assurer la légitimité démocratique des élections fédérales au Canada. Cet objet général englobe plusieurs objectifs précis. Un premier objectif consiste à donner aux personnes qui ont qualité d’électeur la possibilité de participer au scrutin : *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, p. 1058 (le juge Cory). Un deuxième objectif, complémentaire, consiste à garantir que les personnes qui n’ont pas qualité d’électeur ne votent pas : voir *Haig*, p. 1027, la

certainty in the electoral process. In considering these objectives, we must be careful to respect the words chosen by Parliament: *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 33.

B. *The Meaning of “Irregularities . . . That Affected the Result of the Election” Under Section 524(1)(b) of the Act*

[146] Any elector or any candidate in an electoral district may apply to a competent court to contest an election on the grounds that “there were irregularities, fraud or corrupt or illegal practices that affected the result of the election” (s. 524(1)(b)). If the elements of s. 524(1)(b) are established, a court may annul the election (s. 531(2)).

[147] In the ordinary sense of the word, something is “irregular” when it is “[n]ot in conformity with rule or principle” (*The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. VIII, at p. 93). This suggests that under the Act, an election may be set aside as a result of non-compliance with the provisions of the Act, even in the absence of fraud or corrupt or illegal practices.

[148] The objective of efficiency and certainty in the electoral process suggests that there ought to be strict compliance with the requirements of the Act. The objective of ensuring that those not qualified to vote not do so pulls in the same direction. On the other hand, the objective of enfranchisement suggests that “irregularities” should not be interpreted in a technical or trivial way that improperly disenfranchises voters. The votes of Canadian citizens 18 years of age or over should not be set aside over trifles: *Beamish v. Miltenberger*, [1997] N.W.T.R. 160 (S.C.), at para. 33; *Wright v. Koziak*, [1981] 1 W.W.R. 449 (Alta. C.A.); *Morgan v. Simpson*, [1974] 3 All E.R. 722 (C.A.). Based on the language and purposes of the Act, I conclude that “irregularities” under s. 524(1)(b) should be interpreted to mean failures to comply with the requirements of

juge L’Heureux-Dubé. Un troisième objectif est de favoriser l’efficacité et la certitude du processus électoral. Dans la prise en compte de ces objectifs, il faut veiller à respecter le libellé choisi par le législateur : *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 33.

B. *Le sens des termes « irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection » à l’al. 524(1)b) de la Loi*

[146] Tout électeur ou candidat d’une circonscription peut, par requête, contester une élection devant le tribunal compétent au motif qu’il y a eu « irrégularité, fraude, manœuvre frauduleuse ou acte illégal ayant influé sur le résultat de l’élection » (al. 524(1)b) de la Loi). Le tribunal peut prononcer l’annulation de l’élection si les motifs prévus à l’al. 524(1)b) sont établis (par. 531(2)).

[147] Suivant son sens ordinaire, l’adjectif « irrégulier » évoque ce qui « n’est pas conforme à la règle établie, à l’usage commun, . . . » (*Le Grand Robert de la langue française*, version électronique). Il en ressort que, sous le régime de la Loi, le résultat d’une élection peut être annulé pour inobservation de la Loi, même en l’absence de fraude, de manœuvre frauduleuse ou d’acte illégal.

[148] L’objectif d’efficacité et de certitude du processus électoral donne à penser que les exigences de la Loi doivent être rigoureusement respectées. L’objectif de veiller à ce que les personnes qui n’ont pas qualité d’électeur ne votent pas dans le même sens. Par contre, l’objectif de permettre la participation au scrutin tend à indiquer qu’il ne faut pas interpréter le terme « irrégularité » comme s’entendant d’une irrégularité de pure forme ou insignifiante pour ne pas empêcher à tort des électeurs de participer au scrutin. Les votes des citoyens canadiens âgés de 18 ans ou plus ne doivent pas être écartés pour des peccadilles : *Beamish c. Miltenberger*, [1997] N.W.T.R. 160 (C.S.), par. 33; *Wright c. Koziak*, [1981] 1 W.W.R. 449 (C.A. Alb.); *Morgan c. Simpson*, [1974] 3 All E.R. 722 (C.A.). Je conclus du libellé et des objectifs de la Loi qu’il

the Act, unless the deficiency is merely technical or trivial.

[149] Only irregularities that “affected the result of the election” permit the annulment of the election under s. 531(2). Irregularities must be of a type that *could* affect the result of the election, and impact a *sufficient number* of votes to have done so. An irregularity resulting in a vote being cast that should not have been is of a type that *could* affect the result of the election. To have actually affected the result of the election, the number of such votes must be equal to or exceed the winning candidate’s plurality. If the irregularities are of this type and impact this number of votes, then a court can and should annul the election under s. 531(2). This is known as the “magic number” rule. (See *Beamish*, at para. 18; *O’Brien v. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 87 (H.C.J.), at para. 34; *Blanchard v. Cole*, [1950] 4 D.L.R. 316 (N.S.S.C.), at p. 320; *Wright*, at pp. 458 and 465-66; *Morgan*, at p. 727.)

[150] The critical question raised in this case is the following: What kinds of irregularities result in a vote being cast that should not have been? The answer lies in the principle of entitlement to vote, which is a central pillar of our electoral system.

### C. Entitlement to Vote

[151] Every electoral system must strike a balance between enabling those who have the constitutional right to vote to do so, and ensuring that those who do not have that right are not allowed to vote. The formal system of entitlement is our mechanism for striking the right balance between these two valid concerns, while ensuring the efficiency and certainty of the electoral process. It aims to safeguard both the right to vote and the integrity of elections.

faut interpréter le terme « irrégularité », à l’al. 524(1*b*), comme s’entendant du non-respect des exigences de la Loi, sauf s’il s’agit d’un manquement de pure forme ou insignifiant.

[149] Seules des irrégularités ayant « influé sur le résultat de l’élection » peuvent entraîner l’annulation de l’élection suivant le par. 531(2). Ces irrégularités doivent appartenir à la catégorie des irrégularités *susceptibles* d’influer sur le résultat de l’élection et toucher un *nombre suffisant* de votes pour avoir influé sur ce résultat. L’irrégularité ayant pour effet qu’une personne qui n’aurait pas dû voter a néanmoins voté appartient à la catégorie des irrégularités *susceptibles* d’influer sur le résultat de l’élection. Pour que ces votes aient effectivement influé sur le résultat de l’élection, leur nombre doit être égal ou supérieur à la majorité obtenue par le candidat élu. Lorsque des irrégularités appartenant à cette catégorie et touchant un aussi grand nombre de votes sont survenues, le tribunal peut et doit annuler l’élection suivant le par. 531(2). C’est ce que l’on appelle la règle du « nombre magique ». (Voir *Beamish*, par. 18; *O’Brien c. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 87 (H.C.J.), par. 34; *Blanchard c. Cole*, [1950] 4 D.L.R. 316 (C.S.N.-É.), p. 320; *Wright*, p. 458 et 465-466; *Morgan*, p. 727.)

[150] La question primordiale en l’espèce est de savoir quels types d’irrégularités peuvent avoir pour effet qu’une personne qui n’aurait pas dû voter a néanmoins voté. La réponse réside dans le concept du droit de voter, un pilier fondamental de notre système électoral.

### C. Le droit de voter

[151] Tout système électoral doit établir un équilibre entre faire en sorte que les personnes auxquelles la Constitution confère le droit de vote puissent voter et empêcher que celles qui n’ont pas ce droit soient admises à voter. La procédure officielle établie dans la Loi concernant le droit de voter constitue le mécanisme dont le Canada s’est doté pour atteindre le juste équilibre entre ces deux considérations légitimes, tout en assurant l’efficacité et la certitude du processus électoral. Cette procédure vise à préserver à la fois le droit de vote et l’intégrité des élections.

(1) Prerequisites to Entitlement to Vote

[152] In general, there are three prerequisites to entitlement to vote under the Act. These prerequisites concern qualification, registration and identification as a voter. Only when all of these elements are met is a person entitled to vote for the Member of Parliament for the riding where she is ordinarily resident.

(a) *Qualification*

[153] The first prerequisite of entitlement to vote is qualification. This means that the voter must be a Canadian citizen and 18 years of age or older. Section 3 of the Act defines a qualified elector as “[e]very person who is a Canadian citizen and is 18 years of age or older on polling day”. Section 6 of the Act sets out the qualification prerequisite of entitlement to vote:

6. Subject to this Act, every person who is qualified as an elector is entitled to have his or her name included in the list of electors for the polling division in which he or she is ordinarily resident and to vote at the polling station for that polling division.

[154] The words “[s]ubject to this Act” make clear that entitlement to vote is also conditioned on other prerequisites to entitlement found in the Act. In order to be given a ballot and permitted to vote on election day, it is not enough that a person be qualified. Entitlement to vote goes beyond qualification: *McMechan v. Dow* (1968), 67 D.L.R. (2d) 56 (Man. Q.B.), at p. 62; *O’Brien*.

(b) *Registration*

[155] The second prerequisite of entitlement to vote is registration, through (a) inclusion on the list of electors in the polling division where the voter is ordinarily resident or (b) filing a registration certificate. Other exceptional voter registration procedures exist under the Act, but these are not applicable in this case and will not be dealt with here. The Act makes clear that a voter *shall not* be allowed to vote unless one of these registration procedures is satisfied.

(1) Les conditions du droit de voter

[152] De façon générale, la Loi assujettit le droit de voter à trois conditions préalables : posséder la qualité d’électeur, être inscrit et s’identifier comme électeur. Une personne doit satisfaire à toutes ces conditions pour avoir le droit de voter pour le député de la circonscription dans laquelle elle réside habituellement.

a) *La qualité d’électeur*

[153] La première condition du droit de voter est la qualité d’électeur. Cela signifie qu’il faut être un citoyen canadien âgé de 18 ans ou plus pour voter. Selon l’art. 3 de la Loi, « [a] qualité d’électeur toute personne qui, le jour du scrutin, est citoyen canadien et a atteint l’âge de dix-huit ans ». L’article 6 de la Loi fait de la qualité d’électeur une condition préalable au droit de voter :

6. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, toute personne qui a qualité d’électeur a le droit de faire inscrire son nom sur la liste électorale pour la section de vote où elle réside habituellement et de voter au bureau de scrutin établi pour cette section de vote.

[154] Les termes « [s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi » indiquent clairement que le droit de voter est également assujéti aux autres conditions préalables fixées dans la Loi. Pour recevoir un bulletin de vote et être admis à voter le jour du scrutin, il ne suffit pas d’avoir qualité d’électeur. Le droit de voter ne se résume pas à cette qualité : *McMechan c. Dow* (1968), 67 D.L.R. (2d) 56 (B.R. Man.), p. 62; *O’Brien*.

b) *L’inscription*

[155] La deuxième condition du droit de voter est l’inscription de l’électeur (a) soit par son inclusion dans la liste électorale établie pour la section de vote où il réside habituellement, (b) soit par la remise d’un certificat d’inscription. La Loi établit d’autres procédures exceptionnelles d’inscription des électeurs, mais celles-ci ne s’appliquent pas en l’espèce et ne seront pas examinées dans les présents motifs. La Loi précise clairement qu’un électeur *n’est* admis à voter *que* s’il s’inscrit suivant l’une de ces procédures.



[156] Section 149 of the Act provides:

**149.** An elector whose name does not appear on the official list of electors in his or her polling station shall not be allowed to vote unless

. . .

(c) the elector gives the deputy returning officer a registration certificate described in subsection 161(4).

[157] Inclusion on the list of electors is one way that an individual can satisfy the registration prerequisite of entitlement to vote. Prior to election day, election officials prepare a list of electors for each polling division, listing qualified electors who are ordinarily resident in that polling division (s. 106). These lists are then used by election officials at the polling station for each polling division on election day. If a person is on the list of electors, then s. 149 is no barrier to voting entitlement.

[158] If a person is not on the list of electors, s. 149(c) provides an alternative means of registering to vote: filing a registration certificate. A person is entitled to vote despite not being on the list of electors if she satisfies the registration certificate procedure.

[159] The registration certificate procedure under s. 149(c) requires a prospective voter to prove her identity and residence, and to sign a declaration that she is a Canadian citizen 18 years of age or older (s. 161). The declaration on the registration certificate states:

I, the person whose name appears in Box 1, certify that I am a Canadian citizen, 18 years of age or over on polling day and have been ordinarily resident at the address appearing in box 2. . . . I certify that the information provided on this form is accurate.

If a person voting by registration certificate does not sign this declaration, she has not established her age and citizenship as required by the Act. The

[156] Voici le texte de l'art. 149 de la Loi :

**149.** L'électeur dont le nom ne figure pas sur la liste électorale officielle du bureau de scrutin n'est admis à voter que dans l'un ou l'autre des cas suivants :

. . .

c) il remet au scrutateur un certificat d'inscription obtenu en conformité avec le paragraphe 161(4).

[157] L'inclusion dans la liste électorale est l'une des façons de s'inscrire pour satisfaire à la deuxième condition du droit de voter. Avant le jour du scrutin, les fonctionnaires électoraux préparent, pour chaque section de vote, une liste électorale de toutes les personnes ayant qualité d'électeur qui résident habituellement dans cette section de vote (art. 106). Les fonctionnaires électoraux utilisent ensuite ces listes au bureau de scrutin de chaque section de vote le jour du scrutin. L'article 149 ne fait pas obstacle au droit de voter d'une personne déjà inscrite sur la liste électorale.

[158] L'alinéa 149c) offre à la personne qui n'est pas inscrite sur la liste électorale un autre moyen de s'inscrire pour voter : remettre un certificat d'inscription. Une personne a le droit de voter malgré l'absence de son nom sur la liste électorale si elle respecte la procédure relative aux certificats d'inscription.

[159] La procédure relative aux certificats d'inscription prescrite par l'al. 149c) exige que l'électeur potentiel établisse son identité et sa résidence et qu'il signe une déclaration attestant qu'il est un citoyen canadien âgé de 18 ans ou plus (art. 161). Voici le texte de la déclaration contenue dans le certificat d'inscription :

Je, dont le nom apparaît dans la case n° 1, certifie que je suis citoyen canadien, que j'ai 18 ans ou plus le jour du scrutin et que je réside habituellement à l'adresse indiquée à la case n° 2. [ . . . ] Je déclare que les renseignements fournis ci-haut sont exacts.

Si la personne qui vote sur remise d'un certificat d'inscription n'a pas signé cette déclaration, elle n'a établi ni son âge, ni sa citoyenneté, comme la

declaration is therefore a vital prerequisite of entitlement to vote. Upon completing the registration certificate, a person is deemed to be included on the list of electors (s. 161(5)).

(c) *Identification*

[160] The third prerequisite of entitlement to vote is identification. A prospective voter must prove her identity and residence at the polling station in a way permitted by the Act. Section 148.1(1) of the Act states:

**148.1** (1) An elector who fails to prove his or her identity and residence in accordance with subsection 143(2) or (3) or to take an oath otherwise required by this Act shall not receive a ballot or be allowed to vote.

[161] A person can prove her identity and residence in two ways: (a) providing the necessary piece or pieces of identification (such as a driver's licence); or (b) taking a prescribed oath and being vouched for by another person in the manner set out in the Act. These two options are available both for individuals who are on the list of electors and for individuals voting by registration certificate (ss. 143(2), (3) and 161(1)).

[162] If the oath and vouching procedure is used, the person vouching for the prospective voter must (i) be on the list of electors for the same polling division, (ii) provide the required piece or pieces of identification to prove his identity and residence, (iii) state a prescribed oath, (iv) not have already vouched for another elector in the election, and (v) not have herself been vouched for in that election (ss. 143(3), (5), (6), 161(1)(b), (6) and (7)). If these conditions are not met, the vouching is invalid and the prospective voter's identity and residence have not been proved in a manner permitted by the Act.

[163] Only if all of the prerequisites to entitlement to vote are met is a person permitted to cast a ballot in a Canadian federal election. The Act

Loi l'oblige à le faire. Signer cette déclaration est donc une condition essentielle pour avoir le droit de voter. L'électeur auquel un certificat d'inscription est délivré est réputé figurer sur la liste électorale (par. 161(5)).

c) *L'identification*

[160] La troisième condition du droit de voter est l'identification. L'électeur potentiel doit établir son identité et sa résidence au bureau de scrutin de l'une des façons prévues par la Loi. Le paragraphe 148.1(1) de la Loi dispose :

**148.1** (1) L'électeur qui n'établit pas son identité ou sa résidence conformément aux paragraphes 143(2) ou (3) ou ne prête pas serment conformément à la présente loi ne peut recevoir de bulletin de vote ni être admis à voter.

[161] Une personne peut établir son identité et sa résidence de deux façons : (a) fournir la ou les pièces d'identité nécessaires (par exemple, son permis de conduire); ou (b) prêter le serment prescrit et être accompagnée d'un autre électeur qui répond d'elle de la manière indiquée dans la Loi. Ces deux options s'offrent à la fois aux personnes inscrites sur la liste électorale et à celles qui votent sur remise d'un certificat d'inscription (par. 143(2), 143(3) et par. 161(1)).

[162] Dans le cas d'un électeur potentiel qui prête serment et est accompagné d'un répondant, le répondant doit (i) figurer sur la liste électorale de la même section de vote, (ii) fournir la ou les pièces d'identité nécessaires pour établir son identité et sa résidence, (iii) prêter le serment prescrit, (iv) ne pas avoir déjà répondu d'un autre électeur à l'élection et (v) ne pas avoir eu recours lui-même à un répondant à la même élection (par. 143(3), (5) et (6), al. 161(1)b) et par. 161(6) et (7)). Si ces conditions ne sont pas respectées, l'identification par un répondant n'est pas valable et l'identité et la résidence de l'électeur potentiel n'ont pas été établies de l'une des manières permises par la Loi.

[163] Une personne n'est admise à voter à une élection fédérale au Canada que si elle remplit toutes les conditions du droit de voter. La Loi

expressly states that a person who is not entitled to vote shall not receive a ballot or be allowed to vote, even if he is qualified to vote, in the sense of meeting the citizenship and age requirements (ss. 148.1 and 149). The constitutionality of these entitlement provisions is not at issue in this appeal, so this Court must adhere to the unambiguous directions from Parliament as to the prerequisites to exercising the right to vote: *Pharmascience Inc. v. Binet*, 2006 SCC 48, [2006] 2 S.C.R. 513, at para. 29; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559.

[164] My colleagues, with respect, merge the concepts of qualification and entitlement. They take the position that everyone who is qualified to vote and ordinarily resident in the electoral district is entitled to vote. Thus, a voter who is not on the electoral list and has not filed a registration certificate (s. 149) can be later held to have been “entitled” to vote if he was qualified to vote and ordinarily resident in the electoral district. I cannot accept this view.

[165] First, as discussed, in terms of registration, the plain words of the Act condition entitlement on either being on the list of electors or filing a registration certificate (s. 149). Sections 6, 148.1 and 149 together describe prerequisites of entitlement to vote. Both ss. 148.1 and 149 state that, unless their respective conditions are satisfied, the elector “shall not” be allowed to vote. These conditions require, in addition to qualification, fulfillment of the identification and registration prerequisites of entitlement to vote.

[166] Second, the objective of certainty in the electoral process requires that entitlement be established before receiving and casting a ballot. Nothing in the Act suggests that a person who on election day is not entitled to vote should be permitted to do so and to establish his entitlement later. If we decline to set aside votes cast by non-entitled

précise expressément qu’une personne n’ayant pas le droit de voter ne reçoit pas de bulletin de vote et n’est pas admise à voter, même si elle a qualité d’électeur, en ce sens qu’elle a la citoyenneté canadienne et l’âge requis (art. 148.1 et 149). Puisque la constitutionnalité de ces dispositions relatives au droit de voter n’est pas en cause dans le pourvoi, la Cour doit se conformer aux directives non équivoques du législateur concernant les conditions préalables à l’exercice du droit de vote : *Pharmascience inc. c. Binet*, 2006 CSC 48, [2006] 2 R.C.S. 513, par. 29; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559.

[164] Avec égards, j’estime que mes collègues confondent les notions de la qualité d’électeur et du droit de voter. Selon eux, toute personne qui a qualité d’électeur et qui réside habituellement dans la circonscription a le droit de voter. Ainsi, l’électeur qui ne figure pas sur la liste électorale et qui n’a pas déposé de certificat d’inscription (art. 149) peut être considéré par la suite comme ayant eu le droit de voter s’il avait qualité d’électeur et résidait habituellement dans la circonscription. Je ne puis accepter ce point de vue.

[165] Premièrement, comme nous l’avons vu en ce qui concerne l’inscription, les termes clairs de la Loi assujettissent le droit de voter à l’inscription sur la liste électorale ou au dépôt d’un certificat d’inscription (art. 149). Les articles 6, 148.1 et 149 décrivent ensemble les conditions du droit de voter. Un électeur « ne peut » être admis à voter s’il ne respecte pas les conditions fixées à l’art. 148.1 de la Loi et il « n’est admis à voter que » dans les cas énumérés à l’art. 149. En plus d’avoir qualité d’électeur, une personne doit donc remplir les conditions d’inscription et d’identification pour se voir reconnaître le droit de voter.

[166] Deuxièmement, l’objectif de certitude du processus électoral exige que l’électeur établisse son droit de voter avant de recevoir un bulletin de vote et de le déposer dans l’urne. Rien dans la Loi ne donne à penser qu’une personne n’ayant pas le droit de voter le jour du scrutin devrait néanmoins être admise à voter et à établir son

people on the grounds that they are subsequently proven to be qualified and ordinarily resident in the electoral district, the result is a system where the only way to be confident in the accuracy of an election outcome is to investigate the identity, residence and qualification of voters after the election.

[167] Third, such an approach would be unfair. It disregards the fact that other qualified electors who did not follow the necessary steps to become entitled to vote may have rightly been turned away from the polling station and not permitted to vote on election day. The Act sets out the rules and procedures electors must follow in order to exercise their constitutional right to vote. Those rules must be applied fairly and consistently if the right is to have meaning.

#### D. Requirements for Annulment of an Election

[168] As noted above, a court should annul an election under s. 531(2) if the applicant has established that there were “irregularities . . . that affected the result of the election” under s. 524(1)(b). The irregularities must be of a type that could affect the outcome of the election and impact a sufficient number of votes to equal or exceed the winner’s plurality. The winning candidate’s plurality in this case was 26 votes, so this is the “magic number” of votes that the applicant had to establish were subject to irregularities of a kind that could affect the result of the election.

[169] Election results benefit from a “presumption of regularity”: *Dewdney Election Case*, [1925] 3 D.L.R. 770 (B.C.C.A.), at p. 771. This reflects the fact that the applicant bears the burden of establishing, on a balance of probabilities, that there were “irregularities . . . that affected the result of the election”: see *Beamish*, at para. 39. It follows that the applicant in this case must establish that irregularities resulted in non-entitled voters casting votes. If the judge concludes that on a balance

droit de voter après coup. Si les votes de personnes n’ayant pas le droit de voter ne sont pas écartés dans les cas où elles ont établi après coup leur qualité d’électeur et le fait qu’elles résidaient habituellement dans la circonscription, le seul moyen d’être sûr de l’exactitude d’un résultat électoral, dans notre système, consistera à vérifier l’identité, la résidence et la qualité des électeurs après l’élection.

[167] Troisièmement, une telle approche serait injuste. Elle ne tient pas compte du fait que d’autres personnes qui avaient qualité d’électeur, mais n’ont pas pris les mesures nécessaires pour avoir le droit de voter, peuvent s’être fait refuser à juste titre l’accès aux urnes et ne pas avoir pu voter le jour du scrutin. La Loi établit les règles et procédures que les électeurs doivent respecter pour exercer leur droit de vote constitutionnel. Ces règles doivent être appliquées de manière équitable et uniforme pour que ce droit ne soit pas dénué de sens.

#### D. Conditions d’annulation d’une élection

[168] Comme je l’ai indiqué précédemment, le tribunal devrait annuler une élection en application du par. 531(2) si le requérant établit l’existence d’« irrégularité[s] [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection » au sens de l’al. 524(1)b). Ces irrégularités doivent être susceptibles d’influer sur le résultat de l’élection et toucher un nombre de votes égal ou supérieur à la majorité obtenue par le vainqueur. La majorité du candidat élu en l’espèce était de 26 voix, ce qui constitue le « nombre magique » de votes dont le requérant devait établir qu’ils ont été touchés par des irrégularités susceptibles d’influer sur le résultat de l’élection.

[169] Les résultats électoraux bénéficient d’une [TRADUCTION] « présomption de régularité » : *Dewdney Election Case*, [1925] 3 D.L.R. 770 (C.A.C.-B.), p. 771. Cette présomption est en accord avec le fait qu’il incombe au requérant d’établir, selon la prépondérance des probabilités, l’existence d’« irrégularité[s] [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection » : voir *Beamish*, par. 39. Il s’ensuit que le requérant en l’espèce doit démontrer que des irrégularités ont fait en sorte que des

of probabilities the record reflects a lack of entitlement, the vote must be set aside.

[170] An applicant may lead direct evidence that a non-entitled person voted. For example, he may demonstrate that a person who voted was neither on the list of electors nor filed a valid registration certificate. However, a judge may also rely on circumstantial evidence to conclude, on a balance of probabilities, that voters who did not comply with the entitlement provisions of the Act were improperly permitted to vote. In the absence of palpable and overriding error, a judge's conclusions on such questions of fact should not be disturbed: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401.

### III. Application to This Appeal

[171] Two main issues are raised on this appeal. First, did the application judge err in law by reversing the onus of proof in his analysis? Second, did the application judge err in annulling the election on the basis of “irregularities . . . that affected the result of the election”?

#### A. *Did the Application Judge Reverse the Onus of Proof?*

[172] In my view, the application judge did not reverse the onus of proof in his analysis. He understood that there was a presumption of regularity in contested elections and that the applicant bore the burden of proving, on a balance of probabilities, the existence of “irregularities . . . that affected the result of the election”. He clearly articulated this understanding of the law, and analyzed the evidence accordingly. As he explained at para. 26 of his reasons:

An examination of the conduct of an election begins with a presumption that it was conducted in a fashion

électeurs ont voté sans en avoir le droit. Si le juge conclut, selon la prépondérance des probabilités, que le dossier démontre qu'une personne n'avait pas le droit de voter, son vote doit être écarté.

[170] Le requérant peut produire une preuve directe qu'une personne a voté sans en avoir le droit. Par exemple, il peut démontrer qu'une personne ayant voté ne figurait pas sur la liste électorale et n'a pas remis de certificat d'inscription valide. Toutefois, le juge peut également s'appuyer sur la preuve circonstancielle pour conclure, selon la prépondérance des probabilités, que des électeurs ont été à tort admis à voter alors qu'ils n'avaient pas pris les mesures prescrites par la Loi pour avoir le droit de voter. En l'absence d'erreur manifeste et dominante, il n'y a pas lieu de modifier les conclusions d'un juge sur de telles questions de fait : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401.

### III. Application au présent pourvoi

[171] Le pourvoi soulève deux questions principales. Premièrement, le juge saisi de la requête a-t-il commis une erreur de droit en inversant le fardeau de la preuve dans son analyse? Deuxièmement, a-t-il fait erreur en annulant l'élection pour cause d'« irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat de l'élection »?

#### A. *Le juge saisi de la requête a-t-il inversé le fardeau de la preuve?*

[172] À mon avis, le juge saisi de la requête n'a pas inversé le fardeau de la preuve dans son analyse. Il était conscient qu'une présomption de régularité s'applique en cas de contestation d'une élection et qu'il incombait au requérant d'établir, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'« irrégularité[s] [. . .] ayant influé sur le résultat de l'élection ». Il a clairement exprimé cette conception du droit et il l'a appliquée dans son analyse de la preuve. Comme il l'explique au par. 26 de ses motifs :

[TRADUCTION] Il faut examiner la tenue d'une élection en présumant qu'elle est conforme aux exigences de

that is consistent with the requirements of the applicable legislation. The presumption will stand in the absence of evidence to the contrary.

[173] The application judge discussed repeatedly and at length that the onus lies with the applicant throughout. He stated flatly, “[t]here is no doubt that the responsibility for demonstrating the presence of an irregularity rests with the applicant, the party seeking to have the election set aside” (para. 42). He also stressed the importance of placing the onus on the applicant at all times, even when this may make it difficult to establish that irregularities affected the result:

Counsel for the applicant pointed out that, given the limitations on the available evidence, it would be equally difficult for the applicant to prove the irregularities affected the result of the election, as it would be for the respondent to disprove this proposition. I am not sympathetic to this complaint. I referred earlier to the conundrum that would result if elections were easily overturned. It is not supposed to be easy to overturn an election. [para. 46]

[174] My colleagues suggest that despite these clear statements, the application judge in fact reversed the onus in relation to polls 426 and 31. I cannot accept this contention. Crucially, in his treatment of both these polls, the application judge made an express finding indicating the applicant had discharged his onus of proof (paras. 115 and 122).

B. *Did the Application Judge Err in Annulling the Election on the Basis of “Irregularities . . . That Affected the Result of the Election”?*

[175] To recap, the applicant’s onus was to establish that votes were cast by individuals who had not fulfilled the qualification, registration or identification prerequisites to entitlement set out in the Act. Unless the deficiencies were merely technical or trivial, votes cast by persons not entitled to vote constitute irregularities of a type that could affect the result of the election within the meaning of s. 524(1)(b). If their number was equal to or

la loi applicable. Cette présomption s’applique jusqu’à preuve contraire.

[173] Le juge saisi de la requête a expliqué en détail à maintes reprises que le fardeau de preuve incombe en tout temps au requérant. Il a affirmé directement [TRADUCTION] : « Il n’y a aucun doute que la responsabilité de démontrer l’existence d’une irrégularité incombe au requérant, c’est-à-dire à la partie qui demande l’annulation de l’élection » (par. 42). Il a également souligné l’importance d’attribuer le fardeau de preuve au requérant tout au long de l’analyse, même dans les cas où il peut être difficile de démontrer qu’une irrégularité a influé sur le résultat :

[TRADUCTION] L’avocat du requérant a souligné que, compte tenu des limites de la preuve disponible, il serait tout aussi difficile pour le requérant de prouver que l’irrégularité a influé sur le résultat de l’élection que pour l’intimé de prouver le contraire. Je ne vois pas cet argument d’un œil favorable. J’ai mentionné plus tôt le chaos dans lequel nous plongerions des élections faciles à annuler. Une élection n’est pas censée être facile à annuler. [par. 46]

[174] En dépit de ces affirmations claires, mes collègues sont d’avis que le juge saisi de la requête a effectivement inversé le fardeau de preuve à l’égard des bureaux de scrutin n<sup>os</sup> 426 et 31. Je ne peux accepter cette prétention. Fait crucial, dans son analyse des faits survenus à ces deux bureaux de scrutin, le juge saisi de la requête a conclu expressément que le requérant s’était acquitté de son fardeau de preuve (par. 115 et 122).

B. *Le juge saisi de la requête a-t-il fait erreur en annulant l’élection pour cause d’« irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection »?*

[175] Pour récapituler, il incombait au requérant d’établir que des personnes avaient voté sans avoir rempli toutes les conditions du droit de voter prescrites par la Loi — sans posséder la qualité d’électeur, sans s’être inscrit ou sans s’identifier. Les votes émanant de personnes n’ayant pas le droit de voter constituent des irrégularités susceptibles d’influer sur le résultat de l’élection au sens de l’al. 524(1)(b), à moins qu’il s’agisse de manquements de

exceeded the winning candidate's plurality, then the result of the election was affected, and the election should be annulled under s. 531(2). If not, then the outcome of the election must stand, and the decision of the application judge must be reversed.

(1) Votes Set Aside Due to Irregularities in Identification

[176] An individual must satisfy the identification prerequisites in the Act in order to be entitled to vote (ss. 148.1(1) and 149(c)). These identification requirements must be fulfilled, regardless of whether an individual is on the list of electors or whether they are voting by registration certificate. One option is for the individual to present a piece or pieces of approved identification establishing identity and residence (ss. 143(2) and 161(1)(a)). Another is for the individual to take an oath and to be vouched for by someone meeting the vouching requirements set out in the Act (ss. 143(3), (5), (6), 161(1)(b), (6) and (7)).

(a) *Poll 21*

[177] The application judge set aside eight votes at this poll due to vouching problems. All eight voters were on the list of electors for poll 21, and all were listed in the poll book as requiring an oath. The application judge found as a fact that the oaths required for these eight electors concerned their identities and not merely their residence, based on comments next to these names in the poll book. Oaths sworn to establish identity always require vouching by another person. However, the page of the poll book for recording vouchers' names was blank. The application judge found that vouching did not occur, and set aside the eight votes.

[178] The finding that vouching did not occur cannot be disturbed in the absence of palpable and overriding error: "... where evidence exists to support [a factual] inference, an appellate court will

pure forme ou insignifiants. Si le nombre de ces votes est égal ou supérieur à la majorité du candidat élu, ils ont influé sur le résultat de l'élection et l'élection doit être annulée en application du par. 531(2). Dans le cas contraire, le résultat de l'élection doit être confirmé, et la décision du juge saisi de la requête doit être infirmée.

(1) Votes annulés pour cause d'irrégularités concernant l'identification

[176] Un électeur doit satisfaire aux conditions du droit de voter prescrites par la Loi concernant l'identification (par. 148.1(1) et al. 149c)). Il est tenu de s'y conformer, peu importe qu'il soit inscrit sur la liste électorale ou qu'il vote sur remise d'un certificat d'inscription. Il peut, pour s'identifier, présenter une ou des pièces d'identité approuvées qui établissent son identité et sa résidence (par. 143(2) et al. 161(1)a)). Il peut aussi prêter serment et être accompagné d'un répondant qui satisfait aux conditions prévues par la Loi (par. 143(3), (5) et (6), al. 161(1)b) et par. 161(6) et (7)).

a) *Bureau de scrutin n° 21*

[177] Le juge saisi de la requête a écarté huit votes à ce bureau de scrutin en raison de problèmes relatifs aux répondants. Les huit électeurs en cause figuraient sur la liste électorale de la section de vote n° 21 et, selon le cahier du scrutin, ils devaient tous prêter serment. Le juge saisi de la requête a conclu quant aux faits, sur la foi des remarques écrites à côté de leur nom dans le cahier du scrutin, que le serment qu'ils devaient prêter portait sur leur identité et non pas simplement sur leur résidence. La personne qui prête serment pour établir son identité doit toujours être accompagnée d'un répondant. Or, la page du cahier du scrutin où devait être inscrit le nom des répondants était vierge. Le juge saisi de la requête a conclu que personne n'avait répondu de ces électeurs et il a écarté les huit votes en cause.

[178] La conclusion que personne n'avait répondu de ces électeurs ne peut pas être modifiée en l'absence d'une erreur manifeste et dominante : « ... lorsque des éléments de preuve étayent [une]

be hard pressed to find a palpable and overriding error”: *Housen*, at para. 22. The question is whether evidence existed to support the application judge’s conclusion. The absence of vouchers’ names in the poll book provided such evidence.

[179] Nor did the application judge err in concluding that vouching was required for the eight voters. This was supported by the comments listed next to their names in the poll book, which indicated that identity and not merely residence was at issue.

[180] Having found that vouching was required but did not occur, the application judge did not err in concluding that the applicant had discharged his onus under s. 524(1)(b) with respect to these votes. The vouching irregularities at poll 21 resulted in individuals voting who were not entitled to do so, and their eight votes were properly set aside.

(b) *Poll 174*

[181] Regarding poll 174, the application judge set aside eight votes for what he characterized as improper vouching. At issue were the pages of the poll book that document the vouching procedure. First, p. 22 of the poll book required that the names of voters who were vouched for be listed. However, this page of the poll book was left blank. Second, p. 23 of the poll book required that the names of vouchers be indicated. On this page, the names of eight vouchers were recorded. In addition, the poll clerk appeared to indicate on p. 23 the relationship of each voucher to the person vouched for (for example, “son”, “spouse”, or “mother”). Third, p. 31 of the poll book indicated the number of electors who were vouched for. On this page, it was recorded that eight voters were vouched for.

inférence [factuelle], il sera difficile à une cour d’appel de conclure à l’existence d’une erreur manifeste et dominante » : *Housen*, par. 22. La question est de savoir s’il existe des éléments de preuve étayant la conclusion du juge saisi de la requête. L’absence du nom des répondants dans le cahier du scrutin constitue un tel élément de preuve.

[179] Le juge saisi de la requête n’a pas fait erreur non plus en concluant que les huit électeurs devaient être accompagnés d’un répondant, une conclusion étayée par les remarques écrites à côté de leur nom dans le cahier du scrutin, selon lesquelles il s’agissait d’établir non seulement leur résidence, mais aussi leur identité.

[180] Ayant conclu que personne n’avait répondu de ces électeurs, alors que cela était nécessaire, le juge saisi de la requête n’a pas eu tort de conclure que le requérant s’était acquitté du fardeau qui lui incombait en application de l’al. 524(1)(b) relativement aux votes en cause. Huit personnes ont voté sans en avoir le droit en raison des irrégularités survenues au bureau de scrutin n° 21 et leurs votes ont été écartés avec raison.

b) *Bureau de scrutin n° 174*

[181] Quant au bureau de scrutin n° 174, le juge saisi de la requête a écarté huit votes pour cause d’irrégularités dans la procédure d’identification par un répondant. Ces irrégularités concernent les pages du cahier du scrutin où sont consignés les renseignements relatifs à la procédure d’identification par un répondant. En premier lieu, il fallait inscrire à la p. 22 du cahier du scrutin le nom des électeurs dont un autre électeur avait répondu. Cette page a toutefois été laissée en blanc. En deuxième lieu, il fallait inscrire le nom des répondants à la p. 23 du cahier du scrutin. On y a consigné le nom de huit répondants. Qui plus est, le greffier du scrutin semble avoir indiqué sur cette page le lien qui unit chaque répondant à l’électeur dont il a répondu (par exemple, « fils », « conjoint » ou « mère »). En troisième lieu, le nombre d’électeurs dont un autre électeur avait répondu était indiqué à la p. 31 du cahier du scrutin. On a écrit sur cette page que huit électeurs avaient fait appel à un répondant.



[182] The application judge concluded on this evidence that any vouching that occurred was improper, and that the eight votes cast under the vouching procedure should therefore be set aside. This conclusion did not constitute palpable and overriding error and should not be interfered with. The problem identified at poll 174 by the application judge was that there was no way of knowing who was being vouched for by each voucher. The names of individuals voting under the vouching procedure were not recorded on p. 22 as required under the Act (s. 162(f)). This provided a factual basis for the trial judge's conclusion that any vouching that occurred was improper.

[183] Although not expressly noted by the application judge, the absence of voter names from the required form in the poll book could indicate that these voters never swore oaths required of them under the vouching procedure. Individuals voting under the vouching procedure must take an oath swearing their qualification, residence and identity (ss. 143(3) and 161(1)(b) of the Act). Section 162(f) of the Act requires the poll clerk to indicate on the prescribed form that an elector has taken an oath. The prescribed form for indicating the names of voters vouched for is p. 22 of the poll book. At poll 174, no names were listed on p. 22 of the poll book, despite the fact that eight voters cast their ballots under the vouching procedure. This evidence supports the application judge's conclusion that the vouching at poll 174 was improper.

[184] Improper vouching is an irregularity of a type that can affect the result of the election. Having found such an irregularity at poll 174, the application judge properly set these eight votes aside.

[182] Le juge saisi de la requête a conclu de cette preuve que la procédure d'identification par un répondant n'avait pas été suivie correctement et que les huit votes des électeurs en cause devaient donc être écartés. Cette conclusion ne constitue pas une erreur manifeste et dominante, et ne doit pas être modifiée. Le problème constaté par le juge saisi de la requête à l'égard du bureau de scrutin n° 174 tenait au fait qu'il n'existait aucun moyen de savoir de quel électeur chaque répondant s'était porté garant. Le nom des personnes ayant voté suivant cette procédure n'a pas été inscrit à la p. 22, comme cela devait être fait en application de la Loi (al. 162f)). Ce vice de procédure offre une assise factuelle à la conclusion du juge saisi de la requête que la procédure d'identification par un répondant n'a pas été suivie correctement.

[183] Bien que le juge saisi de la requête ne l'ait pas noté expressément, l'absence du nom des électeurs sur le formulaire à remplir dans le cahier du scrutin pourrait être une indication que ces électeurs n'ont jamais prêté le serment qu'ils devaient prêter suivant la procédure d'identification par un répondant. Les personnes qui ont recours à cette procédure pour voter doivent prêter serment pour attester leur qualité d'électeur, leur résidence et leur identité (par. 143(3) et al. 161(1)(b) de la Loi). Aux termes de l'al. 162f) de la Loi, le greffier du scrutin doit indiquer sur le formulaire prescrit que l'électeur a prêté serment. Le formulaire où doit être inscrit le nom des électeurs dont un autre électeur a répondu se trouve à la p. 22 du cahier du scrutin. Au bureau de scrutin n° 174, aucun nom n'apparaît sur la p. 22 du cahier du scrutin, même si huit électeurs ont voté suivant la procédure d'identification par un répondant. Cette preuve étaye la conclusion du juge saisi de la requête que la procédure d'identification par un répondant n'a pas été suivie correctement au bureau de scrutin n° 174.

[184] L'identification par un répondant faite incorrectement constitue une irrégularité susceptible d'influer sur le résultat de l'élection. Ayant conclu à l'existence d'une telle irrégularité au bureau de scrutin n° 174, le juge saisi de la requête a écarté ces huit votes avec raison.

(c) *Poll 502*

[185] Regarding poll 502, the application judge found that seven voters were vouched for by individuals who were not resident in that polling division. This finding of fact was supported by the evidence. The application judge then set aside these seven votes, on the basis that the vouching requirements in the Act were not met. The Act, as discussed, requires that vouchers be on the list of electors for the polling division in which they are vouching (ss. 143(3) and 161(1)(b)).

[186] In my view, the application judge did not err in setting aside these votes. Vouching allows a voter to satisfy the identification prerequisite of entitlement to vote in the absence of approved documentary identification. To maintain the integrity of the election process, Parliament has established limitations on vouching. One limitation is that a voucher must appear on the list of electors for the polling division at which he is vouching. This allows polling officials to ensure that vouchers only vouch for one person and reduces the risk of fraudulent vouching: *Henry*, at paras. 368 and 400.

[187] The seven voters who were vouched for at poll 502 failed to comply with entitlement prerequisites of the Act, in a way that was not merely technical or trivial. The presumption of regularity was displaced and these votes were properly set aside.

(d) *Poll 30*

[188] The application judge set aside four votes at poll 30. As with poll 502, the application judge found that these voters were vouched for by individuals who were not on the list of electors for the polling division. This finding was supported by the evidence. For the reasons I have already described with respect to poll 502, these voters were not entitled to vote, as they did not fulfill the identification prerequisite of entitlement to vote. The deficiency

c) *Bureau de scrutin n° 502*

[185] Pour ce qui est du bureau de scrutin n° 502, le juge saisi de la requête a conclu que sept personnes ayant répondu d'un autre électeur ne résidaient pas dans la section de vote où ils avaient agi à titre de répondants. Cette conclusion de fait était étayée par la preuve. Il a ensuite écarté les sept votes en question parce que les conditions fixées par la Loi relativement à l'identification par un répondant n'avaient pas été remplies. Comme je le mentionne ci-dessus, la Loi exige que le répondant figure sur la liste électorale de la section de vote où il répond d'un autre électeur (par. 143(3) et al. 161(1)(b)).

[186] Je suis d'avis que le juge saisi de la requête n'a pas commis d'erreur en écartant ces votes. L'identification par un répondant permet à un électeur de satisfaire à la condition du droit de voter concernant l'identification même s'il n'a pas de pièce d'identité approuvée. Le législateur a fixé plusieurs limites à l'identification par un répondant afin de préserver l'intégrité du processus électoral. Par exemple, le répondant doit figurer sur la liste électorale de la section de vote où il agit à ce titre, ce qui permet aux fonctionnaires du scrutin de s'assurer que les répondants ne répondent que d'un électeur et réduit le risque de fraude en la matière : *Henry*, par. 368 et 400.

[187] Dans le cas des sept personnes dont un autre électeur a répondu au bureau de scrutin n° 502, le manquement aux conditions du droit de voter prévues par la Loi n'était pas de pure forme ou insignifiant. La présomption de régularité a été réfutée et les votes en cause ont été écartés avec raison.

d) *Bureau de scrutin n° 30*

[188] Le juge saisi de la requête a écarté quatre votes au bureau de scrutin n° 30. Tout comme dans le cas du bureau de scrutin n° 502, il a conclu que les répondants des électeurs en question ne figuraient pas sur la liste électorale de la section de vote où ils avaient agi à titre de répondants. Cette conclusion était étayée par la preuve. Pour les motifs exposés précédemment au sujet du bureau de scrutin n° 502, ces électeurs n'avaient pas le droit de voter, parce

of entitlement was not merely technical or trivial. The presumption of regularity was displaced and these votes were properly set aside.

[189] The application judge noted that he would have set aside two of these votes for the additional reason that each of the two vouchers also vouched for another voter in the election. This alternative analysis was not in error. Vouching for more than one person is specifically prohibited by the Act (s. 143(5)). If a person attempts to become entitled to vote by relying on a voucher who has also vouched for another voter, this constitutes non-compliance with the entitlement requirements of the Act. The deficiency is not merely technical or trivial. Such vouching is invalid, and a voter who relied upon it to establish her identity was not entitled to vote.

(2) Votes Set Aside Due to Irregularities in Registration

[190] As discussed, an individual becomes registered to vote either by having her name included on the list of electors or through the registration certificate process set out in the Act (ss. 6 and 149(c)).

(a) *Poll 426*

[191] The application judge set aside 26 votes at poll 426 cast by individuals voting by registration certificate. He concluded, on a balance of probabilities, that the required declaration of qualification to vote was not made for these voters. (The text of this declaration is set out in para. 159 above.)

[192] There is evidence to support the application judge's conclusion. The problems were many. No registration certificates were found for these voters. The page of the poll book recording the number of people who voted by registration certificate is blank. No addresses are listed for any

qu'ils n'avaient pas satisfait à la condition concernant l'identification. Ce manquement touchant le droit de voter n'était pas de pure forme ou insignifiant. La présomption de régularité a été réfutée et les votes en cause ont été écartés avec raison.

[189] Le juge saisi de la requête a fait remarquer qu'il aurait écarté deux des votes mentionnés ci-dessus pour le motif additionnel que les deux répondants avaient déjà répondu d'un autre électeur à l'élection. Cette analyse subsidiaire n'était pas erronée. En effet, la Loi interdit expressément de répondre de plus d'un électeur (par. 143(5)). La personne qui tente d'obtenir le droit de voter en faisant appel à un répondant qui a déjà répondu d'un autre électeur ne respecte pas les conditions du droit de voter fixées par la Loi. Il ne s'agit pas d'un manquement de pure forme ou insignifiant. Cette façon de répondre d'un électeur est invalide et l'électeur qui a tenté d'établir ainsi son identité n'avait pas le droit de voter.

(2) Votes annulés pour cause d'irrégularités concernant l'inscription

[190] Comme nous l'avons vu, une personne est inscrite pour voter soit lorsque son nom est inclus dans la liste électorale, soit lorsqu'elle a suivi la procédure relative aux certificats d'inscription établie par la Loi (art. 6 et al. 149c)).

a) *Bureau de scrutin n° 426*

[191] Le juge saisi de la requête a écarté 26 votes émanant d'électeurs qui avaient voté sur remise d'un certificat d'inscription au bureau de scrutin n° 426. Il a conclu, selon la prépondérance des probabilités, que ces électeurs n'avaient pas fait la déclaration de qualité d'électeur qu'ils étaient tenus de faire. (Le texte de la déclaration est reproduit au par. 159.)

[192] Il existe des éléments de preuve à l'appui de la conclusion du juge saisi de la requête. De nombreux problèmes sont survenus. Aucun certificat d'inscription n'a été retrouvé pour ces électeurs. La page du cahier du scrutin où doit être consigné le nombre de personnes ayant voté sur remise d'un

registration certificate voters. The page of the poll book where vouchers are to be recorded is also blank. Finally, none of these 26 registration certificate voters appear on the final list of electors as would normally be the case if registration certificates were sent to the returning officer for the riding after the election.

[193] While various explanations for each of these problems were advanced, the application judge concluded, on a balance of probabilities, that the explanation for this catalogue of deficiencies was that the necessary declarations were never made. The application judge made no palpable and overriding error in drawing this factual inference on the evidence before him.

[194] Having found that no declaration of qualification was made, the application judge correctly concluded that the applicant had established, on a balance of probabilities, that these votes should be set aside. The absence of a declaration of qualification was not merely technical or trivial. This irregularity went to the heart of entitlement to vote. Accordingly, the presumption of regularity was rebutted and these votes were properly set aside.

(b) *Poll 174*

[195] The application judge set aside one vote at poll 174 cast by a registration certificate voter. He concluded, on a balance of probabilities, that this voter had not made the required declaration of qualification to vote.

[196] The evidence before the application judge supported this factual conclusion. The box on the registration certificate dealing with qualification to vote was left blank, and the certificate in question verified the voter's identity and residence, but did not attest to the voter's qualification to vote. The declaration was not signed by the voter. On

certificat d'inscription est vierge. Aucune adresse n'est inscrite pour les électeurs ayant voté sur remise d'un certificat d'inscription. De plus, la page du cahier du scrutin où doit figurer le nom des répondants est également vierge. Enfin, aucun de ces 26 électeurs n'est inscrit sur la liste électorale définitive, comme ce serait normalement le cas si les certificats d'inscription avaient été envoyés au directeur du scrutin de la circonscription après l'élection.

[193] Bien que diverses explications aient été fournies pour chacun de ces problèmes, le juge saisi de la requête a conclu, suivant la prépondérance des probabilités, que cette kyrielle de manquements s'expliquait par le fait que les déclarations nécessaires n'avaient jamais été faites. Le juge n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en tirant cette inférence factuelle de la preuve dont il disposait.

[194] Ayant constaté qu'aucune déclaration de qualité d'électeur n'avait été faite, le juge saisi de la requête a conclu à bon droit que le requérant avait établi, selon la prépondérance des probabilités, que les votes en cause devaient être écartés. L'absence de déclaration de qualité d'électeur n'est pas un manquement de pure forme ou insignifiant. Cette irrégularité touche au cœur même du droit de voter. Par conséquent, la présomption de régularité a été réfutée et ces votes ont été écartés avec raison.

b) *Bureau de scrutin n° 174*

[195] Le juge saisi de la requête a écarté un vote enregistré au bureau de scrutin n° 174 par un électeur qui a remis un certificat d'inscription. Il a conclu, selon la prépondérance des probabilités, que cet électeur n'avait pas fait la déclaration de qualité d'électeur qu'il devait faire.

[196] La preuve dont disposait le juge saisi de la requête étayait cette conclusion de fait. La case du certificat d'inscription portant sur la qualité d'électeur a été laissée en blanc; le certificat a donc été utilisé pour confirmer l'identité et la résidence de l'électeur, mais il n'en attestait pas la qualité d'électeur. L'électeur n'a pas signé la déclaration. Le juge

this basis, the application judge concluded that the declaration of qualification was never made. Consequently, the presumption of regularity was rebutted and this vote was properly set aside.

(c) *Poll 89*

[197] At poll 89, 10 people voted by registration certificate without signing their declaration of qualification. Instead, the election official signed in the space reserved for the voter's declaration, while leaving blank the space where the deputy returning officer or registration officer is required to sign.

[198] The Act permits election officials to assist voters, including by signing the declaration of qualification on behalf of the voter. However, the application judge found that the election official did not sign the declaration on behalf of the voters in question. Rather, he did so on his own behalf, although in the wrong place. Therefore, the application judge concluded that no declaration was made by the voters.

[199] There was evidence to support his conclusion, which was not tainted by palpable and overriding error. First, the space where the election official was required to sign in his own capacity was blank. Second, there is nothing to indicate that the election official signed on behalf of the elector, instead of signing for himself, albeit mistakenly in the wrong place. Accordingly, the presumption of regularity is displaced.

[200] I note that the poll book indicates that one of the 10 voters at issue here was already on the list of electors for polling division 89. That voter had already complied with the registration prerequisite of entitlement to vote by being on the list of electors for polling division 89. The voter therefore did not need to file a registration certificate in order to become entitled to vote.

[201] Therefore, only nine of these votes were properly set aside.

saisi de la requête a conclu pour cette raison que la qualité d'électeur n'avait jamais été attestée. En conséquence, la présomption de régularité a été réfutée et le vote en cause a été écarté avec raison.

c) *Bureau de scrutin n° 89*

[197] Dix personnes ont voté sur remise d'un certificat d'inscription au bureau de scrutin n° 89 sans avoir signé leur déclaration de qualité d'électeur. C'est plutôt le fonctionnaire électoral qui a apposé sa signature dans l'espace réservé à la déclaration de l'électeur, tout en laissant en blanc l'espace où doit signer le scrutateur ou l'agent d'inscription.

[198] La Loi permet aux fonctionnaires électoraux d'aider les électeurs, notamment en signant en leur nom la déclaration de qualité d'électeur. Le juge saisi de la requête a toutefois conclu que le fonctionnaire électoral n'avait pas signé la déclaration au nom des électeurs en cause. Il l'avait plutôt signée en son propre nom, mais au mauvais endroit. Le juge est donc arrivé à la conclusion que ces électeurs n'avaient pas fait de déclaration.

[199] Il existait des éléments de preuve à l'appui de sa conclusion, qui n'est entachée d'aucune erreur manifeste et dominante. Premièrement, l'espace où le fonctionnaire électoral devait signer en son propre nom est vierge. Deuxièmement, rien n'indique que le fonctionnaire électoral a signé au nom de l'électeur plutôt qu'en son nom propre, bien qu'erronément au mauvais endroit. Par conséquent, la présomption de régularité est réfutée.

[200] Je souligne que, d'après le cahier du scrutin, un des 10 électeurs en cause était déjà inscrit sur la liste électorale établie pour la section de vote n° 89. L'électeur en question satisfaisait déjà aux conditions du droit de voter concernant l'inscription, puisqu'il figurait sur la liste électorale établie pour la section de vote n° 89. Il n'avait donc pas à remettre un certificat d'inscription ou une déclaration de qualité d'électeur pour avoir le droit de voter.

[201] Seulement neuf de ces votes ont donc été écartés avec raison.

(d) *Poll 31*

[202] Regarding poll 31, the application judge set aside 15 votes cast by registration certificate voters whose registration certificates could not be found. Here, as at poll 426, no one was listed as having vouched for any of these voters, and the voters' names were not added to the final list of electors following the election. The application judge concluded that registration certificate declarations of qualification were never made for these voters. There was evidence to support this conclusion, which is not tainted by palpable and overriding error.

[203] Ordinarily, this conclusion would result in all of the registration certificate votes concerned being set aside, and this is indeed the case for two of the votes. However, an additional issue is raised, as the remaining 13 registration certificate voters were already on the list of electors for polling division 31 (three voters) or for other polling divisions within the electoral district (10 voters).

[204] The three votes cast by voters already on the list of electors for polling division 31 should not have been set aside. These voters had already satisfied the registration prerequisite of entitlement to vote. The application judge erred in failing to identify these three voters as entitled to vote through inclusion on the list of electors for polling division 31.

[205] A further 10 voters were on lists of electors, but for other polling divisions within the electoral district. The issue is whether these votes were properly set aside. The application judge declined to set aside one vote at poll 31 because that voter was on the list of electors for another polling division in the same electoral district. If the application judge had consistently applied this approach, these further 10 votes would also have been allowed.

d) *Bureau de scrutin n° 31*

[202] En ce qui concerne le bureau de scrutin n° 31, le juge saisi de la requête a écarté 15 votes émanant d'électeurs dont les certificats d'inscription n'ont pu être retrouvés. Dans ce bureau de scrutin, tout comme au bureau de scrutin n° 426, personne n'a été identifié comme répondant de ces électeurs, et le nom de ces derniers n'a pas été inscrit sur la liste électorale définitive après l'élection. Le juge a conclu que ces électeurs n'avaient jamais fait la déclaration de qualité d'électeur contenue dans le certificat d'inscription. Il existait des éléments de preuve à l'appui de cette conclusion, qui n'est entachée d'aucune erreur manifeste et dominante.

[203] Normalement, cette conclusion entraînerait l'annulation de tous les votes en cause émanant d'électeurs ayant voté sur remise d'un certificat d'inscription, et c'est bel et bien le cas de deux d'entre eux. Cependant, une question supplémentaire se pose, vu que les 13 autres électeurs ayant voté sur remise d'un certificat d'inscription figuraient déjà sur la liste électorale établie pour la section de vote n° 31 (trois électeurs) ou pour une autre section de vote de la circonscription (10 électeurs).

[204] Les trois votes émanant d'électeurs déjà inscrits sur la liste électorale de la section de vote n° 31 n'auraient pas dû être écartés. Ces électeurs avaient déjà satisfait à la condition concernant l'inscription pour avoir le droit de voter. Le juge saisi de la requête a fait erreur en ne reconnaissant pas que ces trois électeurs avaient le droit de voter vu leur inclusion dans la liste électorale établie pour la section de vote n° 31.

[205] Dix autres électeurs figuraient sur une liste électorale, mais pour d'autres sections de vote de la circonscription. Il s'agit de décider si les votes de ces électeurs ont été écartés avec raison. Le juge saisi de la requête a refusé d'écartier un vote au bureau de scrutin n° 31, parce que l'électeur en cause figurait sur la liste électorale d'une autre section de vote de la même circonscription. Si le juge avait employé systématiquement cette démarche, il aurait aussi accepté ces 10 autres votes.

[206] In my view, the application judge erred in setting these 10 votes aside. The record establishes that each of these voters was qualified, registered in a polling division within the electoral district and properly identified before they cast their ballots. The difficulty is that the polling station in Etobicoke Centre where they cast their ballots was not the polling station for the polling division in Etobicoke Centre where they were registered to vote. Section 6 of the Act expressly states that a person on the list of electors is only entitled to vote at the polling station for the polling division in which she is listed.

[207] In this case, the fact that 10 votes were cast at the wrong polling station within the riding is a merely technical or trivial deficiency. It is therefore not an irregularity within the meaning of s. 524(1)(b) and these votes should not be set aside. In essence, the 10 electors placed their ballots in the wrong box. Because the ballots from all boxes in an electoral district are aggregated to determine the winning candidate, placing a ballot in the wrong box does not impact the overall tallies for the district. There is no evidence or suggestion of double-voting. Ultimately, the problem here went simply to where the votes were cast within the electoral district. Often, the polling stations for different polling divisions are grouped together in a central polling location. The error might have been as minor as walking to the wrong table in the room where voting was taking place. As a result, I am of the view that the deficiency affecting these 10 votes is inconsequential and, as a result, may be considered technical or trivial. For this reason, these votes should not be set aside.

[208] My conclusion in respect of these 10 votes should not be understood as undermining the practical importance of polling divisions. Polling divisions are key administrative units around which elections are organized, ensuring that voting proceeds in an orderly fashion, and they ought to be respected.

[206] À mon avis, le juge saisi de la requête a fait erreur en écartant ces 10 votes. Il ressort du dossier que tous ces électeurs avaient qualité d'électeur, étaient inscrits dans une section de vote de la circonscription et s'étaient identifiés correctement avant de voter. Le problème tient à ce que ces électeurs ont voté dans un bureau de scrutin d'Etobicoke-Centre qui n'était pas le bureau de scrutin de la section de vote d'Etobicoke-Centre où ils étaient inscrits. L'article 6 de la Loi énonce expressément qu'une personne ne peut voter qu'au bureau de scrutin établi pour la section de vote où son nom est inscrit sur la liste électorale.

[207] En l'espèce, le fait que 10 électeurs aient voté au mauvais bureau de scrutin à l'intérieur de la circonscription constitue un manquement de pure forme ou insignifiant. Il ne s'agit donc pas d'une irrégularité au sens de l'al. 524(1)b), et les votes de ces électeurs ne doivent pas être écartés. Les 10 électeurs ont essentiellement déposé leur bulletin de vote dans la mauvaise urne. Puisqu'on regroupe les bulletins de vote de toutes les urnes d'une circonscription pour déterminer quel est le candidat élu, le dépôt d'un bulletin de vote dans la mauvaise urne n'a aucune incidence sur le décompte total des votes enregistrés dans la circonscription. Rien ne prouve ou ne donne à penser qu'un électeur a voté deux fois. Tout compte fait, le problème qui se pose ici ne concerne que l'endroit où les électeurs ont voté à l'intérieur de la circonscription. Il arrive souvent que des bureaux de scrutin établis pour différentes sections de vote soient réunis dans un lieu central. Cette erreur était peut-être aussi anodine que le fait de se présenter à la mauvaise table de la salle où se déroulait le scrutin. Par conséquent, je suis d'avis que le manquement entachant ces 10 votes est sans conséquence et peut être considéré comme de pure forme ou insignifiant. Pour cette raison, il ne faut pas écartier ces votes.

[208] Ma conclusion sur ces 10 votes ne doit pas être perçue comme diminuant l'importance pratique des sections de vote. Ce sont des entités administratives capitales autour desquelles les élections sont organisées de façon à ce que le scrutin se déroule de façon ordonnée et elles doivent être respectées.

#### IV. Fresh Evidence Motion

[209] The Chief Electoral Officer and the returning officer brought a motion to adduce fresh evidence. The evidence consists of a list of 52 names of voters in Etobicoke Centre for whom registration certificates are missing, and indicates whether those names appeared in March 2011 in the national register of electors (“NROE”), a database of Canadians qualified to vote in federal elections. The NROE is used to generate a preliminary list of electors, which is then added to and deleted from to create the list of electors used on election day.

[210] Of the votes set aside by the application judge, eight were cast by individuals whose names did not appear in the NROE at all, so there is no suggestion that it was an error to set those votes aside on the basis of the NROE. Three names on the NROE are those of voters from poll 31 who were on the list of electors for that polling division, which I have held were improperly set aside. This leaves 41 voters whose names appear in the NROE and whose votes were set aside by the application judge.

[211] An appellate court will consider the relevance and reliability of fresh evidence in determining whether to admit it, as well as whether the evidence could have been adduced at trial through due diligence: *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759. However, contested election applications must be heard “without delay and in a summary way” under s. 525(3) of the Act, which suggests that the due diligence requirement can perhaps be relaxed in the election context.

[212] In my view, notwithstanding any relaxation of the due diligence requirement, the fresh evidence motion should be dismissed for two reasons.

[213] First, the evidence is not relevant to the matter before this Court. As discussed earlier in these reasons, after-the-fact information that a

#### IV. Requête en présentation d’une nouvelle preuve

[209] Le directeur général des élections et le directeur du scrutin ont déposé une requête en vue de présenter un nouvel élément de preuve, soit une liste où figure le nom de 52 électeurs d’Etobicoke-Centre pour lesquels on n’a retrouvé aucun certificat d’inscription et qui indique lesquels étaient inscrits en mars 2011 sur le Registre national des électeurs (RNÉ), une base de données des Canadiens et Canadiennes ayant qualité d’électeur à une élection fédérale. Le RNÉ sert à produire une liste électorale préliminaire, qui deviendra au fil des ajouts et des suppressions la liste électorale utilisée le jour du scrutin.

[210] Parmi les votes écartés par le juge saisi de la requête, huit émanent de personnes qui ne figurent pas du tout dans le RNÉ, et personne ne laisse entendre qu’il était erroné d’écarter ces votes sur le fondement du RNÉ. On trouve dans le RNÉ le nom de trois électeurs de la section de vote n<sup>o</sup> 31 qui étaient déjà inscrits sur la liste électorale de cette section de vote, dont j’ai conclu que les votes ont été écartés à tort. Il reste donc 41 électeurs dont le nom figure dans le RNÉ et dont le vote a été écarté par le juge saisi de la requête.

[211] Un tribunal d’appel évalue la pertinence et la fiabilité de la nouvelle preuve pour déterminer s’il faut l’admettre et si, avec diligence raisonnable, elle aurait pu être produite au procès : *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759. Toutefois, aux termes du par. 525(3) de la Loi, la requête en contestation d’élection est instruite « sans délai et selon la procédure sommaire », ce qui peut laisser croire à la possibilité d’un assouplissement du critère relatif à la diligence raisonnable dans le contexte d’une élection.

[212] À mon avis, malgré tout assouplissement du critère de la diligence raisonnable, deux motifs justifient le rejet de la requête en vue de présenter une nouvelle preuve.

[213] Premièrement, la preuve n’est pas pertinente pour trancher la question dont la Cour est saisie. Comme je l’explique précédemment, les



non-entitled voter was qualified is not relevant to whether he was entitled to receive a ballot on election day. Nothing in the Act suggests that this is an appropriate way to protect the integrity of the electoral system. Votes were set aside in this case because of failures in the registration and identification prerequisites of entitlement. These cannot be remedied by after-the-fact proofs of qualification. Without the voter establishing his qualifications in an approved manner prior to voting, the Act is clear that he is not entitled to vote (ss. 6, 148.1 and 149).

[214] Second, the reliability of the evidence is questionable. All that Elections Canada has done is attempt to discern names that are handwritten in the poll book, and type them into the NROE database to find the closest match. Some of the names typed in are significantly different from their closest match, suggesting that the person in the NROE is not the person in the poll book. It is also entirely possible that handwritten names have been misread, or that two individuals have the same name. Furthermore, the NROE data relates to two months before the election. If the person in the NROE is the same individual whose name did not appear on the list of electors on election day, there is no way of knowing whether she was removed from the list inadvertently or intentionally.

[215] In any event, even if one were to accept that this after-the-fact, untested information about qualification can somehow legitimize voting by a non-entitled but qualified individual, admitting the evidence would not affect the disposition of the appeal. Of the 41 individuals at issue on the NROE list, 22 are linked in the NROE database to addresses outside Etobicoke Centre. This suggests either that these are different people, or that, as of March 2011, they were not resident within the riding. Neither conclusion supports a finding that these were qualified Etobicoke Centre voters. This

renseignements obtenus après coup sur la qualité d'électeur d'une personne n'ayant pas le droit de voter ne jouent pas pour établir si cette personne pouvait recevoir un bulletin de vote le jour du scrutin. Rien dans la Loi ne permet de conclure qu'il s'agit là d'un moyen adéquat de préserver l'intégrité du système électoral. Des votes ont été écartés en l'espèce en raison de manquements aux conditions du droit de voter concernant l'inscription et l'identification. Ces manquements ne peuvent être corrigés après coup par des éléments de preuve établissant la qualité d'électeur. La Loi prévoit clairement que la personne qui n'établit pas sa qualité d'électeur par l'un ou l'autre des moyens approuvés n'a pas le droit de voter (art. 6, 148.1 et 149).

[214] Deuxièmement, la preuve est d'une fiabilité douteuse. Élections Canada a simplement tenté de déchiffrer les noms inscrits à la main dans le cahier du scrutin et les a entrés dans le RNÉ pour les associer aux noms les plus semblables. Dans certains cas, les deux noms associés diffèrent sensiblement, ce qui donne à penser que, dans ces cas, la personne inscrite dans le RNÉ n'est pas celle dont le nom figure dans le cahier du scrutin. En outre, il est tout à fait possible qu'il y ait eu erreur de déchiffrement ou que deux personnes portent le même nom. Qui plus est, les données du RNÉ remontent à deux mois avant la tenue du scrutin. En supposant qu'une personne dont le nom ne paraissait pas sur la liste électorale le jour du scrutin soit effectivement la même que celle qui était inscrite dans le RNÉ, aucun moyen ne permet de déterminer si son nom a été retiré de la liste intentionnellement ou par inadvertance.

[215] Quoi qu'il en soit, quand bien même on reconnaîtrait que ces renseignements sur la qualité d'électeur — obtenus après coup et non vérifiés — pouvaient légitimer le vote de personnes qui n'avaient pas le droit de voter, mais avaient qualité d'électeur, cela n'aurait aucune incidence sur l'issue de l'appel. Des 41 personnes en question inscrites dans le RNÉ, 22 résident, selon le RNÉ, à une adresse située à l'extérieur de la circonscription d'Etobicoke-Centre. On peut donc penser qu'il ne s'agit pas des mêmes personnes, ou qu'elles ne résidaient pas dans la circonscription en

leaves a total of 19 individuals who, were this evidence to be accepted as relevant and reliable, appear to have been qualified voters in Etobicoke Centre in March 2011. Even if all 19 of these votes were wrongly set aside, the number of votes properly set aside would still be 46, a number sufficient to annul the election.

#### V. Conclusion

[216] Of the 79 votes set aside by the application judge, I conclude that 65 were properly set aside, as follows:

##### Votes Set Aside Due to Irregularities in Identification

8 votes properly set aside at poll 21

8 votes properly set aside at poll 174

7 votes properly set aside at poll 502

4 votes properly set aside at poll 30

##### Votes Set Aside Due to Irregularities in Registration

26 votes properly set aside at poll 426

1 vote properly set aside at poll 174

9 votes properly set aside at poll 89

2 votes properly set aside at poll 31

This exceeds the 26-vote plurality in this electoral district.

mars 2011. Or, ni l'une ni l'autre de ces hypothèses ne permet de conclure que ces personnes avaient qualité d'électeur pour voter dans Etobicoke-Centre en mars 2011. Si ces nouveaux éléments de preuve étaient jugés pertinents et fiables, il resterait donc 19 personnes au total dont on peut conclure qu'elles avaient qualité d'électeur pour voter dans Etobicoke-Centre en mars 2011. Or, quand bien même ces 19 votes auraient tous été écartés à tort, 46 votes l'ont été à bon droit, ce qui suffit pour que l'élection soit annulée.

#### V. Conclusion

[216] Des 79 votes écartés par le juge saisi de la requête, je conclus que 65 l'ont été à bon droit, soit :

##### Votes écartés pour cause d'irrégularités concernant l'identification

8 votes écartés à bon droit pour le bureau de scrutin n° 21

8 votes écartés à bon droit pour le bureau de scrutin n° 174

7 votes écartés à bon droit pour le bureau de scrutin n° 502

4 votes écartés à bon droit pour le bureau de scrutin n° 30

##### Votes écartés pour cause d'irrégularités concernant l'inscription

26 votes écartés à bon droit pour le bureau de scrutin n° 426

1 vote écarté à bon droit pour le bureau de scrutin n° 174

9 votes écartés à bon droit pour le bureau de scrutin n° 89

2 votes écartés à bon droit pour le bureau de scrutin n° 31

Le nombre de votes écartés à bon droit est supérieur à la majorité de 26 voix obtenue dans la circonscription.

[217] Therefore, the applicant succeeded in establishing the existence of “irregularities . . . that affected the result of the election” under s. 524(1)(b) and the election is properly annulled as contemplated under s. 531(2) of the Act. There is no need to consider the cross-appeal. The appeal should be dismissed and the fresh evidence motion dismissed.

## APPENDIX

*Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9

**3.** Every person who is a Canadian citizen and is 18 years of age or older on polling day is qualified as an elector.

. . .

**6.** Subject to this Act, every person who is qualified as an elector is entitled to have his or her name included in the list of electors for the polling division in which he or she is ordinarily resident and to vote at the polling station for that polling division.

. . .

**44.** (1) The Chief Electoral Officer shall maintain a register of Canadians who are qualified as electors, to be known as the Register of Electors.

(2) The Register of Electors shall contain, for each elector who is included in it, his or her surname, given names, sex, date of birth, civic address, mailing address and any other information that is provided under subsections 49(2), 194(7), 195(7), 223(2), 233(2) and 251(3).

(2.1) The Register of Electors must also contain, for each elector, a unique, randomly generated identifier that is assigned by the Chief Electoral Officer.

(3) Inclusion in the Register of Electors is at the option of the elector.

. . .

**143.** (1) Each elector, on arriving at the polling station, shall give his or her name and address to the deputy returning officer and the poll clerk, and, on request, to a candidate or his or her representative.

[217] Par conséquent, le requérant a réussi à établir l'existence d'« irrégularité[s] [. . .] ayant influé sur le résultat de l'élection » au sens de l'al. 524(1)b), et l'élection est annulée à bon droit en vertu du par. 531(2) de la Loi. Point n'est besoin d'examiner l'appel incident. Je suis d'avis de rejeter l'appel et de rejeter la requête en présentation d'une nouvelle preuve.

## ANNEXE

*Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9

**3.** A qualité d'électeur toute personne qui, le jour du scrutin, est citoyen canadien et a atteint l'âge de dix-huit ans.

. . .

**6.** Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, toute personne qui a qualité d'électeur a le droit de faire inscrire son nom sur la liste électorale pour la section de vote où elle réside habituellement et de voter au bureau de scrutin établi pour cette section de vote.

. . .

**44.** (1) Le directeur général des élections tient le Registre des électeurs, un registre des Canadiens ayant qualité d'électeur.

(2) Le Registre des électeurs contient les nom, prénoms, sexe, date de naissance et adresses municipale et postale de chaque électeur inscrit et tous autres renseignements fournis dans le cadre des paragraphes 49(2), 194(7), 195(7), 223(2), 233(2) et 251(3).

(2.1) Le Registre des électeurs contient également l'identificateur unique, généré de façon aléatoire, que le directeur général des élections attribue à chaque électeur.

(3) L'inscription au Registre des électeurs est facultative.

. . .

**143.** (1) À son arrivée au bureau de scrutin, chaque électeur déclare ses nom et adresse au scrutateur et au greffier du scrutin et, sur demande, au représentant d'un candidat ou au candidat lui-même.

(2) If the poll clerk determines that the elector's name and address appear on the list of electors or that the elector is allowed to vote under section 146, 147, 148 or 149, then, subject to subsection (3), the elector shall provide to the deputy returning officer and the poll clerk the following proof of his or her identity and residence:

(a) one piece of identification issued by a Canadian government, whether federal, provincial or local, or an agency of that government, that contains a photograph of the elector and his or her name and address; or

(b) two pieces of identification authorized by the Chief Electoral Officer each of which establish the elector's name and at least one of which establishes the elector's address.

(2.1) For greater certainty, the Chief Electoral Officer may authorize as a piece of identification for the purposes of paragraph (2)(b) any document, regardless of who issued it.

(2.2) For the purposes of paragraph (2)(b), a document issued by the Government of Canada that certifies that a person is registered as an Indian under the *Indian Act* constitutes an authorized piece of identification.

(3) An elector may instead prove his or her identity and residence by taking the prescribed oath if he or she is accompanied by an elector whose name appears on the list of electors for the same polling division and who

(a) provides to the deputy returning officer and the poll clerk the piece or pieces of identification referred to in paragraph (2)(a) or (b), respectively; and

(b) vouches for him or her on oath in the prescribed form.

(3.1) If the address contained in the piece or pieces of identification provided under subsection (2) or paragraph (3)(a) does not prove the elector's residence but is consistent with information related to the elector that appears on the list of electors, the elector's residence is deemed to have been proven.

(3.2) Despite subsection (3.1), a deputy returning officer, poll clerk, candidate or candidate's representative who has reasonable doubts concerning the residence of an elector referred to in that subsection may request that the elector take the prescribed oath, in which case his or her residence is deemed to have been proven only if he or she takes that oath.

(2) Le greffier du scrutin s'assure que le nom et l'adresse de l'électeur figurent sur la liste électorale ou que l'électeur est admis à voter au titre des articles 146, 147, 148 ou 149; sous réserve du paragraphe (3), l'électeur présente alors au scrutateur et au greffier du scrutin les documents ci-après pour établir son identité et sa résidence :

a) soit une pièce d'identité délivrée par un gouvernement canadien, fédéral ou provincial, une administration locale ou l'un de leurs organismes et comportant sa photographie, son nom et son adresse;

b) soit deux pièces d'identité autorisées par le directeur général des élections qui, toutes deux, établissent son nom et dont au moins une établit son adresse.

(2.1) Il est entendu que, pour l'application de l'alinéa (2)b), le directeur général des élections peut autoriser à titre de pièce d'identité tout document, indépendamment de son auteur.

(2.2) Pour l'application de l'alinéa (2)b), un document délivré par le gouvernement du Canada certifiant qu'une personne est inscrite à titre d'Indien sous le régime de la *Loi sur les Indiens* constitue une pièce d'identité autorisée.

(3) Cependant, l'électeur peut également établir son identité et sa résidence en prêtant le serment prescrit, s'il est accompagné d'un électeur dont le nom figure sur la liste électorale de la même section de vote qui, à la fois :

a) présente au scrutateur et au greffier du scrutin les pièces d'identité visées aux alinéas (2)a) ou b);

b) répond de l'électeur, sous serment, sur le formulaire prescrit.

(3.1) Si l'adresse qui figure sur les pièces d'identité fournies aux termes du paragraphe (2) ou de l'alinéa (3)a) n'établit pas la résidence de l'électeur, mais qu'elle concorde avec les renseignements figurant à l'égard de celui-ci sur la liste électorale, la résidence de l'électeur est réputée avoir été établie.

(3.2) Malgré le paragraphe (3.1), le scrutateur, le greffier du scrutin ou le candidat ou son représentant qui a des doutes raisonnables au sujet de la résidence de l'électeur peut lui demander de prêter le serment prescrit. La résidence n'est alors réputée établie que si la personne prête le serment.

(4) If the deputy returning officer is satisfied that an elector's identity and residence have been proven in accordance with subsection (2) or (3), the elector's name shall be crossed off the list and, subject to section 144, the elector shall be immediately allowed to vote.

(5) No elector shall vouch for more than one elector at an election.

(6) An elector who has been vouched for at an election may not vouch for another elector at that election.

(7) The Chief Electoral Officer shall publish each year, and within three days after the issue of a writ, in a manner that he or she considers appropriate, a notice setting out the types of identification that are authorized for the purpose of paragraph (2)(b). The first annual notice shall be published no later than six months after the coming into force of this subsection.

. . .

**144.** A deputy returning officer, poll clerk, candidate or candidate's representative who has reasonable doubts concerning whether a person intending to vote is qualified as an elector may request that the person take the prescribed oath, and the person shall not be allowed to vote unless he or she takes that oath.

. . .

**148.1** (1) An elector who fails to prove his or her identity and residence in accordance with subsection 143(2) or (3) or to take an oath otherwise required by this Act shall not receive a ballot or be allowed to vote.

(2) If an elector refuses to take an oath because he or she is not required to do so under this Act, the elector may appeal to the returning officer. If, after consultation with the deputy returning officer or the poll clerk of the polling station, the returning officer decides that the elector is not required to take the oath, and if the elector is entitled to vote in the polling division, the returning officer shall direct that he or she be allowed to do so.

**149.** An elector whose name does not appear on the official list of electors in his or her polling station shall not be allowed to vote unless

- (a) the elector gives the deputy returning officer a transfer certificate described in section 158 or 159 and, for a certificate described in subsection 158(2), fulfils the conditions described in subsection 158(3);

(4) Si le scrutateur est convaincu que l'identité et la résidence de l'électeur ont été établies conformément aux paragraphes (2) ou (3), le nom de l'électeur est biffé de la liste et, sous réserve de l'article 144, il est immédiatement admis à voter.

(5) Il est interdit à un électeur de répondre de plus d'un électeur à une élection.

(6) L'électeur pour lequel un autre électeur s'est porté répondant ne peut lui-même agir à ce titre à la même élection.

(7) Chaque année et dans les trois jours suivant la date de délivrance du bref, le directeur général des élections publie, selon les modalités qu'il estime indiquées, un avis indiquant les types de pièces autorisés pour l'application de l'alinéa (2)b). Le premier avis annuel est publié au plus tard six mois après l'entrée en vigueur du présent paragraphe.

. . .

**144.** S'il a des doutes raisonnables sur la qualité d'électeur d'une personne qui a l'intention de voter, le scrutateur, le greffier du scrutin, le représentant du candidat ou le candidat lui-même peut lui demander de prêter le serment prescrit. La personne n'est admise à voter que si elle prête le serment.

. . .

**148.1** (1) L'électeur qui n'établit pas son identité ou sa résidence conformément aux paragraphes 143(2) ou (3) ou ne prête pas serment conformément à la présente loi ne peut recevoir de bulletin de vote ni être admis à voter.

(2) L'électeur qui refuse de prêter serment au motif qu'il n'est pas tenu de le faire en vertu de la présente loi peut en appeler au directeur du scrutin; si celui-ci, après consultation du scrutateur ou du greffier du scrutin du bureau de scrutin, décide que l'électeur n'est effectivement pas tenu de prêter serment, il ordonne qu'il soit permis à cet électeur de voter, s'il est habile à voter.

**149.** L'électeur dont le nom ne figure pas sur la liste électorale officielle du bureau de scrutin n'est admis à voter que dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- a) il remet au scrutateur un certificat de transfert obtenu en conformité avec les articles 158 ou 159 et, s'il s'agit d'un certificat délivré en vertu du paragraphe 158(2), les conditions prévues au paragraphe 158(3) sont remplies;

(b) the deputy returning officer ascertains with the returning officer that the elector is listed on the preliminary list of electors or was registered during the revision period; or

(c) the elector gives the deputy returning officer a registration certificate described in subsection 161(4).

b) le scrutateur est convaincu, après vérification auprès du directeur du scrutin, qu'il est inscrit sur la liste électorale préliminaire ou qu'il a été inscrit comme électeur au moment de la révision;

c) il remet au scrutateur un certificat d'inscription obtenu en conformité avec le paragraphe 161(4).

**161.** (1) An elector whose name is not on the list of electors may register in person on polling day if the elector

(a) provides as proof of his or her identity and residence the piece or pieces of identification referred to in paragraph 143(2)(a) or (b), respectively, which piece or one of which pieces must contain an address that proves his or her residence; or

(b) proves his or her identity and residence by taking the prescribed oath, and is accompanied by an elector whose name appears on the list of electors for the same polling division and who

(i) provides the piece or pieces of identification referred to in paragraph 143(2)(a) or (b), respectively, which piece or one of which pieces must contain either an address that proves his or her residence or an address that is consistent with information related to him or her that appears on the list of electors, and

(ii) vouches for him or her on oath in the prescribed form, which form must include a statement as to the residence of both electors.

(2) Where subsection (1) applies, the registration may take place before

(a) a registration officer at a registration desk established under subsection 39(1); or

(b) a deputy returning officer at a polling station with respect to which the Chief Electoral Officer determines that the officer be authorized to receive registrations.

(3) In the case of a registration under paragraph (2)(a), the registration officer shall permit one representative of each candidate in the electoral district to be present.

(4) Where the elector satisfies the requirements of subsection (1), the registration officer or deputy returning officer, as the case may be, shall complete a

**161.** (1) L'électeur dont le nom ne figure pas déjà sur la liste électorale peut, le jour du scrutin, s'inscrire en personne s'il établit son identité et sa résidence :

a) soit en présentant la pièce visée à l'alinéa 143(2)a) sur laquelle figure une adresse qui établit sa résidence ou les pièces visées à l'alinéa 143(2)b) dont au moins une porte une telle adresse;

b) soit en prêtant le serment prescrit, s'il est accompagné d'un électeur dont le nom figure sur la liste électorale de la même section de vote et qui, à la fois :

(i) présente soit la pièce visée à l'alinéa 143(2)a) sur laquelle figure une adresse qui établit sa résidence ou qui concorde avec les renseignements figurant à son égard sur la liste électorale, soit les pièces visées à l'alinéa 143(2)b) dont au moins une porte une telle adresse,

(ii) répond de lui, sous serment, sur le formulaire prescrit, lequel comporte une déclaration portant sur la résidence des deux électeurs.

(2) L'inscription se fait auprès d'un agent d'inscription à un bureau d'inscription établi en vertu du paragraphe 39(1) ou auprès du scrutateur, dans le cas d'un bureau de scrutin pour lequel le directeur général des élections a déterminé que le scrutateur lui-même devrait remplir les fonctions d'agent d'inscription.

(3) L'agent d'inscription doit permettre que soit présent au bureau d'inscription un représentant de chaque candidat dans la circonscription.

(4) Si l'électeur satisfait aux exigences du paragraphe (1), l'agent d'inscription ou le scrutateur, selon le cas, lui délivre un certificat d'inscription, selon le

registration certificate in the prescribed form authorizing the elector to vote and the elector shall sign it.

(5) When a registration certificate is given under subsection (4), the list of electors is deemed, for the purposes of this Act, to have been modified in accordance with the certificate.

(6) No elector shall vouch for more than one elector at an election.

(7) An elector who has been vouched for at an election may not vouch for another elector at that election.

. . .

**162.** Each poll clerk shall

. . .

(f) indicate, if applicable, on the prescribed form that the elector has taken an oath and the type of oath;

. . .

**524.** (1) Any elector who was eligible to vote in an electoral district, and any candidate in an electoral district, may, by application to a competent court, contest the election in that electoral district on the grounds that

(a) under section 65 the elected candidate was not eligible to be a candidate; or

(b) there were irregularities, fraud or corrupt or illegal practices that affected the result of the election.

. . .

**525.** . . .

(3) An application shall be dealt with without delay and in a summary way. The court may, however, allow oral evidence to be given at the hearing of the application in specific circumstances.

. . .

**531.** . . .

(2) After hearing the application, the court may dismiss it if the grounds referred to in paragraph 524(1)(a) or (b), as the case may be, are not established and,

formulaire prescrit, l'autorisant à voter au bureau de scrutin établi dans la section de vote où il réside habituellement et le lui fait signer.

(5) La liste électorale est réputée avoir été modifiée en conformité avec tout certificat délivré aux termes du paragraphe (4).

(6) Il est interdit à un électeur de répondre de plus d'un électeur à une élection.

(7) L'électeur pour lequel un autre électeur s'est porté répondant ne peut lui-même agir à ce titre à la même élection.

. . .

**162.** Le greffier du scrutin :

. . .

f) indique sur le formulaire prescrit, le cas échéant, que l'électeur a prêté serment et précise la nature du serment;

. . .

**524.** (1) Tout électeur qui était habile à voter dans une circonscription et tout candidat dans celle-ci peuvent, par requête, contester devant le tribunal compétent l'élection qui y a été tenue pour les motifs suivants :

a) inéligibilité du candidat élu au titre de l'article 65;

b) irrégularité, fraude, manœuvre frauduleuse ou acte illégal ayant influé sur le résultat de l'élection.

. . .

**525.** . . .

(3) La requête est instruite sans délai et selon la procédure sommaire; le tribunal peut toutefois entendre des témoins lors de l'audition dans des circonstances particulières.

. . .

**531.** . . .

(2) Au terme de l'audition, il peut rejeter la requête; si les motifs sont établis et selon qu'il s'agit d'une requête fondée sur les alinéas 524(1)a) ou b), il doit

where they are established, shall declare the election null and void or may annul the election, respectively.

*Appeal allowed and cross-appeal dismissed, MCLACHLIN C.J. and LEBEL and FISH JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant/respondent Ted Opitz: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto; Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.*

*Solicitors for the respondent/appellant Borys Wrzesnewskyj: Gardiner, Roberts, Toronto; Gowlings, Ottawa.*

*Solicitors for the respondents Marc Mayrand (Chief Electoral Officer) and Allan Sperling (Returning Officer, Etobicoke Centre): Borden Ladner Gervais, Toronto; Elections Canada, Ottawa.*

*Sarah Thompson, on her own behalf.*

*Solicitors for the intervener Keith Archer (Chief Electoral Officer of British Columbia): Waddell, Raponi, Victoria; Turnham Woodland, Victoria.*

*Solicitors for the intervener O. Brian Fjeldheim (Chief Electoral Officer of Alberta): Shores Jardine, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Koch Thornton, Toronto.*

constater la nullité de l'élection du candidat ou il peut prononcer son annulation.

*Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, la juge en chef MCLACHLIN et les juges LEBEL et FISH sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant/intimé Ted Opitz : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto; Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé/appelant Borys Wrzesnewskyj : Gardiner, Roberts, Toronto; Gowlings, Ottawa.*

*Procureurs des intimés Marc Mayrand (directeur général des élections) et Allan Sperling (directeur de scrutin, Etobicoke-Centre) : Borden Ladner Gervais, Toronto; Élections Canada, Ottawa.*

*Sarah Thompson, pour son propre compte.*

*Procureurs de l'intervenant Keith Archer (Chief Electoral Officer of British Columbia) : Waddell, Raponi, Victoria; Turnham Woodland, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant O. Brian Fjeldheim (Chief Electoral Officer of Alberta) : Shores Jardine, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Koch Thornton, Toronto.*



**Donald Boudreault** *Appellant*

*v.*

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario** *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. BOUDREAU**

**2012 SCC 56**

File No.: 34582.

2012: June 6; 2012: October 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Care or control of motor vehicle while impaired — Elements of offence — Accused starting vehicle to keep warm while waiting for taxi — Accused falling asleep in driver's seat — Whether or not accused in care or control of vehicle — Whether risk of danger is essential element of care or control offence — Whether trial judge erred in finding that there was no risk of danger — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 253(1).*

*Criminal law — Appeals — Whether trial judge committed error of law alone — Whether Crown had right of appeal against acquittals — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).*

B was inebriated and unfit to drive when it was time for him to return home after a night of drinking. At B's request, a taxi was called for him, for which he had to wait outside. It was a cold and windy February morning. B got into his truck, started the engine, turned on the heat and fell asleep. When the taxi arrived, the driver called the police. B was arrested and charged with having care or control of a motor vehicle (1) while his ability was impaired by alcohol and (2) with more than 80 mg of alcohol in 100 mL of his blood, contrary to ss. 253(1)(a) and (b) of the *Criminal Code*. He was acquitted on both counts at trial but the Court of Appeal

**Donald Boudreault** *Appellant*

*c.*

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : R. c. BOUDREAU**

**2012 CSC 56**

N° du greffe : 34582.

2012 : 6 juin; 2012 : 26 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Garde ou contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies — Éléments de l'infraction — Moteur démarré par l'accusé pour se garder au chaud alors qu'il attendait un taxi — Accusé endormi derrière le volant — L'accusé avait-il la garde ou le contrôle du véhicule? — Le risque de danger constitue-t-il un élément essentiel de l'infraction de garde ou de contrôle? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en concluant à l'inexistence d'un risque de danger? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253(1).*

*Droit criminel — Appels — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit seulement? — Le ministère public pouvait-il interjeter appel des acquittements? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)(a).*

B était ivre et inapte à conduire lorsqu'est venu le temps qu'il rentre chez lui après avoir passé la nuit à boire. À sa demande, on a appelé un taxi, qu'il devait attendre dehors. C'était un matin froid et venteux de février. B est monté dans sa camionnette, a démarré le moteur, a mis le chauffage et s'est endormi. À son arrivée, le chauffeur du taxi a appelé la police. B a été arrêté et accusé d'avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur (1) lorsque sa capacité de conduire était affaiblie par l'effet de l'alcool et (2) lorsque son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, des infractions décrites aux al. 253(1)a) et b) du *Code criminel*. Il a été

allowed the Crown's appeal, set aside the acquittals and entered convictions.

*Held* (Cromwell J. dissenting): The appeal should be allowed and the acquittals restored.

*Per* LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ.: "Care or control" within the meaning of s. 253(1) of the *Criminal Code* signifies (1) an intentional course of conduct associated with a motor vehicle; (2) by a person whose ability to drive is impaired, or whose blood alcohol level exceeds the legal limit; (3) in circumstances that create a realistic risk of danger to persons or property. With respect to the third element, the risk of danger must be realistic and not just theoretically possible. Parliament's objective in enacting s. 253 of the *Criminal Code* was to prevent the risk of danger to public safety that normally arises from the mere combination of alcohol and automobile. Conduct that presents no such risk falls outside the intended reach of the offence. To require that the risk be "realistic" is to establish a low threshold consistent with Parliament's intention.

The existence of a realistic risk of danger is a matter of fact. In the absence of evidence to the contrary, a realistic risk of danger will normally be the only reasonable inference where the Crown establishes impairment and a present ability to set the vehicle in motion. To avoid conviction, the accused will in practice face a tactical necessity of adducing evidence tending to prove that no realistic risk of danger existed in the particular circumstances of the case. The trial judge must examine all of the relevant evidence and may consider a number of factors, including whether the accused took care to arrange an alternate plan to ensure his safe transportation home.

In this case, the trial judge, applying the correct legal test to the evidence he accepted, found as a fact that there was no realistic risk of danger. The trial judge's conclusion on the facts, however surprising or unreasonable it may appear to another court, did not give rise to a question of law alone. This is the only ground upon which the Crown, pursuant to s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*, can appeal the acquittal of an accused. This Court is therefore bound, as a matter of law, to allow B's appeal, to set aside the judgment of the Court of Appeal, and to restore the acquittals entered at trial.

acquitté à son procès quant aux deux chefs d'accusation, mais la Cour d'appel a accueilli le pourvoi du ministère public, a annulé les acquittements et y a substitué des déclarations de culpabilité.

*Arrêt* (le juge Cromwell est dissident) : Le pourvoi est accueilli et les acquittements sont rétablis.

*Les juges* LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Moldaver et Karakatsanis : Pour avoir « la garde ou le contrôle » au sens où il faut l'entendre pour l'application du par. 253(1) du *Code criminel*, il faut (1) une conduite intentionnelle à l'égard d'un véhicule à moteur; (2) par une personne dont la capacité de conduire est affaiblie ou dont l'alcoolémie dépasse la limite légale; (3) dans des circonstances entraînant un risque réaliste de danger pour autrui ou pour un bien. Pour ce qui est du troisième élément, il faut que le risque de danger soit réaliste, non pas seulement possible en théorie. En adoptant l'art. 253 du *Code criminel*, le législateur souhaitait prévenir le risque de danger pour la sécurité publique qui découle normalement du seul fait de la combinaison de l'alcool et de l'automobile. Une conduite non assortie d'un tel risque se situe au-delà de la portée voulue de l'infraction. Exiger qu'il existe un risque « réaliste » constitue un critère peu rigoureux conforme à l'intention du législateur.

L'existence d'un risque réaliste de danger est une question de fait. En l'absence de preuve à l'effet contraire, un risque réaliste de danger constitue normalement la seule inférence raisonnable lorsque le ministère public fait la preuve de l'intoxication et de la capacité, dans les faits, de mettre le véhicule en mouvement. Pour éviter d'être déclaré coupable, l'accusé devra faire face, sur le plan tactique, à la nécessité de présenter des éléments de preuve tendant à prouver qu'il n'y avait pas de risque réaliste de danger dans les circonstances particulières de la cause. Le juge du procès doit examiner tous les éléments de preuve pertinents et peut tenir compte de divers facteurs, y compris la question de savoir si l'accusé a pris soin d'établir un plan bien arrêté pour assurer son retour sécuritaire chez lui.

En l'espèce, le juge du procès, après avoir appliqué le critère juridique pertinent à la preuve admise, a conclu, dans les faits, à l'inexistence d'un risque réaliste de danger. La conclusion de fait tirée par le juge du procès, quelque surprenante ou déraisonnable puisse-t-elle sembler à un autre tribunal, ne soulève pas une question de droit seulement. C'est le seul motif pour lequel le ministère public peut, en vertu de l'al. 676(1)a) du *Code criminel*, interjeter appel d'un verdict d'acquittal. Par conséquent, la Cour est tenue, en droit, d'accueillir l'appel interjeté par B, d'annuler le jugement de la Cour d'appel et de rétablir les acquittements prononcés à son procès.

*Per* Cromwell J. (dissenting): Risk of danger is not an element of the offence of care or control. The attempt to limit by means of statutory interpretation the potentially wide ambit of the care or control offence by reading in both this new essential element and a new evidentiary rule that operates against the accused is not consistent with well-settled principles of statutory interpretation and seriously undercuts the provision's preventive purpose. Accordingly, the trial judge erred in law by holding that the risk of danger was an essential element of the offence.

The question of what the expression "care or control" means in s. 253(1) of the *Criminal Code* is an issue of statutory interpretation. "Care or control" are not technical legal words in the context of the provision. If the ordinary meaning of these words applies, one is in care or control of a motor vehicle when one acts to assume the present ability to operate the vehicle or has its superintendence or management. The scheme and object of the provision suggest that Parliament intended the ordinary meaning to apply. The purpose of criminalizing having care or control of a vehicle while impaired is preventive. While the evil is the danger of impaired operation of a vehicle, a wider ambit of criminality has been created to prevent that evil from materializing.

Section 253 being preventive in nature, the element of risk will be relevant to the assessment of whether the person has care or control of a motor vehicle. Since the intention of driving the vehicle is not pertinent under the care or control offence, the risk must be assessed by looking at the accused's use of the vehicle. If an accused acts to assume the present ability to operate the vehicle or its superintendence or management, there is an inherent risk of danger, unless objectively viewed, the accused's use of the vehicle involves no such risk. Accordingly, not all acts in relation to a vehicle will necessarily constitute acts of care or control. The degree of involvement of the accused with the vehicle will need to be more than trivial to constitute care or control. The determination of whether the accused was in care or control will depend upon a careful consideration of the particular facts of the case.

In any event, even if the creation of risk were an essential element of the offence, the trial judge erred in law in finding that it had not been proved. There is no dispute that the absence of intent to set the vehicle in motion is not a defence, but the trial judge in effect made it so by basing his conclusion that there was no

*Le juge* Cromwell (dissent) : Le risque de danger n'est pas un élément constitutif de l'infraction de garde ou de contrôle. La tentative de circonscrire, par le truchement de l'interprétation législative, la portée potentiellement large de l'infraction de garde ou de contrôle en l'assortissant à la fois de ce nouvel élément essentiel et d'une nouvelle règle de preuve qui joue contre l'accusé s'écarte des principes bien établis d'interprétation législative et mine sérieusement l'objectif préventif de la disposition. Le juge du procès a donc commis une erreur de droit en décidant que le risque de danger constitue un élément essentiel de l'infraction.

Ce qu'il faut entendre par « la garde ou le contrôle » au par. 253(1) du *Code criminel* relève de l'interprétation législative. Les mots « la garde ou le contrôle » dans le contexte de la disposition n'appartiennent pas au vocabulaire technique juridique. S'il faut appliquer le sens ordinaire de ces termes, pour avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, il faut avoir la capacité dans les faits de le mettre en mouvement ou en avoir la supervision ou la charge. L'intention du législateur que le sens ordinaire s'applique se dégage de l'esprit et de l'objet de la disposition. L'infraction de garde ou de contrôle avec les facultés affaiblies a été créée dans un but de prévention. Même si le danger que présente la conduite avec les facultés affaiblies constitue le mal à réprimer, l'infraction créée englobe davantage pour éviter la concrétisation de ce mal.

Étant donné le caractère préventif de l'art. 253, l'élément de risque est pertinent quand il s'agit de déterminer si la personne avait la garde ou le contrôle du véhicule à moteur. Comme l'intention de conduire ou non ne joue pas pour établir cette infraction, on évalue le risque en fonction de l'utilisation que l'accusé fait du véhicule. Il y a risque inhérent de danger dès lors que la personne fait quelque chose pour avoir la capacité, dans les faits, de mettre le véhicule en mouvement ou pour en assumer la supervision ou la charge, à moins toutefois que, d'un point de vue objectif, l'utilisation du véhicule ne comporte aucun risque. Par conséquent, tout acte ayant trait à un véhicule n'équivaut pas forcément à un acte de garde ou de contrôle; il faut plus qu'une utilisation négligeable du véhicule de la part de l'accusé. Les tribunaux doivent, pour déterminer s'il avait la garde ou le contrôle, examiner soigneusement les faits particuliers de l'espèce.

Quoi qu'il en soit, quand bien même la création d'un risque constituerait un élément essentiel de l'infraction, le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que cet élément n'avait pas été prouvé. Nul ne conteste que l'absence d'intention de mettre le véhicule en mouvement ne constitue pas un moyen de défense,

risk on evidence that B did not intend to drive. Having found this legal error, the Court of Appeal was correct to set aside the acquittals and enter convictions. When applying the correct legal test, care or control was amply proved in the present case.

### Cases Cited

By Fish J.

**Referred to:** *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Wren* (2000), 47 O.R. (3d) 544, leave to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. xii; *R. v. Smits*, 2012 ONCA 524, 294 O.A.C. 355; *R. v. Decker*, 2002 NFCA 9, 209 Nfld. & P.E.I.R. 44, leave to appeal refused, [2002] 4 S.C.R. vii; *R. v. Burbella*, 2002 MBCA 105, 166 Man. R. (2d) 198; *R. v. Shuparski*, 2003 SKCA 22, [2003] 6 W.W.R. 428, leave to appeal refused, [2003] 2 S.C.R. x; *R. v. Mallery*, 2008 NBCA 18, 327 N.B.R. (2d) 130; *Saunders v. The Queen*, [1967] S.C.R. 284; *R. v. Toews*, [1985] 2 S.C.R. 119; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *R. v. Price* (1978), 40 C.C.C. (2d) 378; *Ford v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 231; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Lockerby*, 1999 NSCA 122, 180 N.S.R. (2d) 115; *R. v. Szymanski* (2009), 88 M.V.R. (5th) 182; *R. v. Ross*, 2007 ONCJ 59, 44 M.V.R. (5th) 275.

By Cromwell J. (dissenting)

*R. v. Toews*, [1985] 2 S.C.R. 119; *R. v. Price* (1978), 40 C.C.C. (2d) 378; *R. v. Johal* (1998), 124 C.C.C. (3d) 249; *Saunders v. The Queen*, [1967] S.C.R. 284; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *Ford v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 231; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *R. v. Decker*, 2002 NFCA 9, 209 Nfld. & P.E.I.R. 44, leave to appeal refused, [2002] 4 S.C.R. vii; *R. v. Burbella*, 2002 MBCA 105, 166 Man. R. (2d) 198; *R. v. Shuparski*, 2003 SKCA 22, [2003] 6 W.W.R. 428, leave to appeal refused, [2003] 2 S.C.R. x; *R. v. Mallery*, 2008 NBCA 18, 327 N.B.R. (2d) 130; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 1.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253, 258, 676(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Bich, Bouchard and Wagner J.J.A.), 2011

mais dans les faits, le juge du procès en a fait un moyen de défense en fondant sa conclusion quant à l'inexistence de risque sur la preuve démontrant que B n'avait pas l'intention de conduire. Ayant conclu à une erreur de droit, la Cour d'appel pouvait à bon droit annuler les acquittements et y substituer des déclarations de culpabilité. Lorsqu'on applique le bon critère juridique, la garde ou le contrôle était amplement démontré en l'espèce.

### Jurisprudence

Citée par le juge Fish

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Wren* (2000), 47 O.R. (3d) 544, autorisation d'appel refusée, [2000] 2 R.C.S. xii; *R. c. Smits*, 2012 ONCA 524, 294 O.A.C. 355; *R. c. Decker*, 2002 NFCA 9, 209 Nfld. & P.E.I.R. 44, autorisation d'appel refusée, [2002] 4 R.C.S. vii; *R. c. Burbella*, 2002 MBCA 105, 166 Man. R. (2d) 198; *R. c. Shuparski*, 2003 SKCA 22, [2003] 6 W.W.R. 428, autorisation d'appel refusée, [2003] 2 R.C.S. x; *R. c. Mallery*, 2008 NBCA 18, 327 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 130; *Saunders c. The Queen*, [1967] R.C.S. 284; *R. c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *R. c. Price* (1978), 40 C.C.C. (2d) 378; *Ford c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 231; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Lockerby*, 1999 NSCA 122, 180 N.S.R. (2d) 115; *R. c. Szymanski* (2009), 88 M.V.R. (5th) 182; *R. c. Ross*, 2007 ONCJ 59, 44 M.V.R. (5th) 275.

Citée par le juge Cromwell (dissident)

*R. c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119; *R. c. Price* (1978), 40 C.C.C. (2d) 378; *R. c. Johal* (1998), 124 C.C.C. (3d) 249; *Saunders c. The Queen*, [1967] R.C.S. 284; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *Ford c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 231; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *R. c. Decker*, 2002 NFCA 9, 209 Nfld. & P.E.I.R. 44, autorisation d'appel refusée, [2002] 4 R.C.S. vii; *R. c. Burbella*, 2002 MBCA 105, 166 Man. R. (2d) 198; *R. c. Shuparski*, 2003 SKCA 22, [2003] 6 W.W.R. 428, autorisation d'appel refusée, [2003] 2 R.C.S. x; *R. c. Mallery*, 2008 NBCA 18, 327 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 130; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253, 258, 676(1)(a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Bich, Bouchard et Wagner), 2011

QCCA 2071, SOQUIJ AZ-50804519, [2011] J.Q. n° 16451 (QL), 2011 CarswellQue 12345, setting aside the acquittals entered by Daoust J., 2010 QCCQ 11443, SOQUIJ AZ-50700675, [2010] J.Q. n° 13622 (QL), 2010 CarswellQue 13757, and entering convictions. Appeal allowed and acquittals restored, Cromwell J. dissenting.

*Jean-Marc Fradette and Marie-Ève St-Cyr*, for the appellant.

*Michaël Bourget and Christine Gosselin*, for the respondent.

*Benita Wassenaar*, for the intervener.

The judgment of LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

FISH J. —

I

[1] Donald Boudreault was too drunk to drive — and knew it — when he was asked to leave the apartment of Danye Dubois, whom he had earlier met at a bar. He therefore asked Ms. Dubois to call for a taxi. And she did, not once but twice.

[2] Unable to wait in the apartment after the second call, Mr. Boudreault decided to wait in his pickup truck, rather than outdoors in the bitter cold and howling wind. He started the motor and turned on the heat while awaiting the taxi's arrival. At no time did he attempt to set his truck in motion before the taxi arrived. Nor, of course, afterward.

[3] Approximately 45 minutes after the initial call, and 20 to 25 minutes after the second, the taxi finally arrived. The taxi driver found Mr. Boudreault asleep in the driver's seat. That he was inebriated could hardly have come as a surprise: He would not otherwise have summoned the taxi to take him home.

QCCA 2071, SOQUIJ AZ-50804519, [2011] J.Q. n° 16451 (QL), 2011 CarswellQue 12345, qui a annulé les acquittements prononcés par le juge Daoust, 2010 QCCQ 11443, SOQUIJ AZ-50700675, [2010] J.Q. n° 13622 (QL), 2010 CarswellQue 13757, et consigné des déclarations de culpabilité. Pourvoi accueilli et acquittements rétablis, le juge Cromwell est dissident.

*Jean-Marc Fradette et Marie-Ève St-Cyr*, pour l'appellant.

*Michaël Bourget et Christine Gosselin*, pour l'intimé.

*Benita Wassenaar*, pour l'intervenant.

Version française du jugement des juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Moldaver et Karakatsanis rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] Donald Boudreault était trop ivre pour conduire — et le savait — quand il a dû quitter l'appartement de Danye Dubois, qu'il avait rencontrée la veille dans un bar. Il a donc demandé à cette dernière de lui appeler un taxi, ce qu'elle a fait, à non pas une, mais deux reprises.

[2] Tenu de sortir après le deuxième appel téléphonique, M. Boudreault a décidé d'attendre dans sa camionnette plutôt que dehors, dans le froid mordant et le grand vent. Pendant qu'il attendait le taxi, M. Boudreault a démarré le moteur et mis du chauffage. Il n'a jamais tenté de mettre le véhicule en mouvement ni avant l'arrivée du taxi, ni après, évidemment.

[3] Le taxi est finalement arrivé, quelque 45 minutes après le premier appel téléphonique, et 20 à 25 minutes après le second. Le chauffeur a trouvé M. Boudreault endormi derrière le volant. Son état d'ébriété n'était guère surprenant : sans cela, il n'aurait pas appelé de taxi.

[4] Instead of awakening Mr. Boudreault so that he could be driven home, the taxi driver called the police.

[5] Mr. Boudreault was arrested and charged with having care or control of a motor vehicle (1) while his ability was impaired by alcohol and (2) with more than 80 mg of alcohol in 100 mL of his blood, contrary to ss. 253(1)(a) and (b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[6] He was acquitted on both counts at trial (2010 QCCQ 11443 (CanLII)) but the Court of Appeal, on an appeal by the Crown, set aside the acquittals and entered convictions instead (2011 QCCA 2071 (CanLII)). Mr. Boudreault now appeals to this Court, urging us to quash his convictions by the Court of Appeal and to restore his acquittals at trial.

[7] We are required on this appeal to settle an issue of law that divided the courts below — and has divided other courts across the country as well. And we are required to then determine whether the trial judge, in acquitting Mr. Boudreault, committed an error of “law alone”, within the meaning of s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*. If he did not, the Crown had no right of appeal against his acquittals, however surprising — even unreasonable — we may find that judgment to be: *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 32.

[8] Essentially, then, the appeal raises two distinct issues of law — the first of general application, the second of particular application here. Set out interrogatively, these issues can be framed this way: Is risk of danger an essential element of the offence of care or control under s. 253(1) of the *Criminal Code*? And, if it is, did the trial judge in this case err in law in finding that there was no such risk in the present circumstances?

[9] For the reasons that follow, I have concluded that “care or control”, within the meaning

[4] Au lieu de réveiller M. Boudreault pour le reconduire chez lui, le chauffeur du taxi a appelé la police.

[5] M. Boudreault a été arrêté et accusé d’avoir la garde ou le contrôle d’un véhicule à moteur (1) lorsque sa capacité de conduire était affaiblie par l’effet de l’alcool et (2) lorsque son alcoolémie dépassait 80 mg d’alcool par 100 ml de sang, des infractions décrites aux al. 253(1)a) et b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[6] Acquitté à son procès quant aux deux chefs d’accusation (2010 QCCQ 11443 (CanLII)), M. Boudreault a été déclaré coupable des deux infractions au terme de l’appel interjeté par le ministère public (2011 QCCA 2071 (CanLII)). Il demande maintenant à la Cour d’annuler les déclarations de culpabilité prononcées par la Cour d’appel et de rétablir les acquittements.

[7] Nous sommes appelés en l’espèce à trancher une question de droit qui a divisé les tribunaux d’instance inférieure dans la présente affaire et qui a aussi divisé d’autres tribunaux au pays. Nous devons également déterminer si, en acquittant M. Boudreault, le juge du procès a commis une erreur « de droit seulement », au sens où il faut entendre l’expression pour l’application de l’al. 676(1)a) du *Code criminel*. Si ce n’est pas le cas, le ministère public n’avait aucun droit d’interjeter appel des acquittements, quelque surprenants, voire déraisonnables, qu’ils puissent sembler : *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 32.

[8] Essentiellement, le présent pourvoi soulève deux questions juridiques distinctes : une relative à l’application générale, l’autre relative à l’application aux faits de l’espèce. À la forme interrogative, elles peuvent être formulées comme suit : le risque de danger constitue-t-il un élément essentiel de l’infraction de garde ou de contrôle décrite au par. 253(1) du *Code criminel*? Si oui, le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en concluant à l’inexistence d’un tel risque en l’espèce?

[9] Pour les motifs qui suivent, j’estime que, pour avoir « la garde ou le contrôle » au sens où il faut

of s. 253(1) of the *Criminal Code*, signifies (1) an intentional course of conduct associated with a motor vehicle; (2) by a person whose ability to drive is impaired, or whose blood alcohol level exceeds the legal limit; (3) in circumstances that create a *realistic risk*, as opposed to a *remote possibility*, of danger to persons or property.

[10] Only the third element — realistic risk of danger — is in issue on this appeal. The Crown submits that risk of danger is not an element of “care or control” under s. 253(1) of the *Code*. The trial judge found that it is. With respect, I agree with the trial judge.

[11] The existence of a realistic risk of danger is a matter of fact. In this case, the trial judge, applying the correct legal test, found *as a fact* that there was no such risk.

[12] I recognize, as the trial judge did, that a conviction will normally ensue where the accused, as in this case, was found inebriated behind the wheel of a motor vehicle with nothing to stop the accused from setting it in motion, either intentionally or accidentally.

[13] Impaired judgment is no stranger to impaired driving, where both are induced by the consumption of alcohol or drugs. Absent evidence to the contrary, a present ability to drive while impaired, or with an excessive blood alcohol ratio, creates an inherent risk of danger. In practice, to avoid conviction, the accused will therefore face a tactical necessity of adducing evidence tending to prove that the *inherent* risk is not a *realistic* risk in the particular circumstances of the case.

[14] That is what happened here. The trial judge was satisfied that Mr. Boudreault would not, in fact, have set his vehicle in motion. And this was the only risk of danger in issue at trial.

l’entendre pour l’application du par. 253(1) du *Code criminel*, il faut (1) une conduite intentionnelle à l’égard du véhicule; (2) par une personne dont la capacité de conduire est affaiblie ou dont l’alcoolémie dépasse la limite légale; (3) dans des circonstances entraînant un *risque réaliste*, et non une *infime possibilité*, de danger pour autrui ou pour un bien.

[10] La présente affaire porte uniquement sur le troisième élément, soit sur le risque réaliste de danger. Selon le ministère public, ce risque ne constitue pas un élément de « la garde ou [du] contrôle » dont il est question au par. 253(1) du *Code*. Le juge du procès est de l’avis contraire; je partage son point de vue.

[11] L’existence d’un risque réaliste de danger est une question de fait. En l’espèce, le juge du procès, après avoir appliqué le critère juridique pertinent, a conclu, *dans les faits*, à l’inexistence d’un tel risque.

[12] À l’instar du juge du procès, je reconnais qu’un accusé qui a été trouvé ivre derrière le volant sera normalement déclaré coupable si rien ne l’empêchait, comme en l’espèce, de mettre le véhicule en mouvement, soit intentionnellement, soit accidentellement.

[13] Le jugement affaibli n’est nullement étranger à la capacité de conduite affaiblie, dans la mesure où ils découlent tous deux d’une consommation d’alcool ou de drogue. En l’absence de toute preuve contraire, la capacité actuelle de conduire en état d’ébriété, ou avec une alcoolémie supérieure à la limite fixée par la loi, présente un risque intrinsèque de danger. En pratique, pour éviter d’être déclaré coupable, l’accusé devra faire face, sur le plan tactique, à la nécessité de présenter des éléments de preuve tendant à prouver que ce risque *intrinsèque* de danger n’était pas *réaliste* dans les circonstances particulières de l’affaire.

[14] C’est ce qui s’est produit en l’espèce. Le juge du procès a été convaincu que M. Boudreault n’aurait pas, dans les faits, mis le véhicule en mouvement. Or, ce n’est que de ce risque de danger dont il a été question au procès.

[15] The judge’s conclusion on the facts, however surprising or unreasonable it may appear to another court, did not give rise to a *question of law alone*. And, as I indicated earlier, this is the only ground upon which the Crown, pursuant to s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*, can appeal the acquittal of an accused at trial.

[16] I therefore feel bound, as a matter of law, to allow Mr. Boudreault’s appeal, to set aside the judgment of the Court of Appeal, and to restore his acquittals at trial.

## II

[17] On February 7, 2009, Donald Boudreault went out drinking. When the bar closed, he returned to the home of Danye Dubois. She, apparently sober, drove Mr. Boudreault’s truck for him from the bar to her apartment, where the drinking continued well into the morning of February 8.

[18] At around 10:00 a.m., Mr. Boudreault decided to go home. By his own admission, he was inebriated and unfit to drive. At Mr. Boudreault’s request, Ms. Dubois called a taxi for him. The service she called, “Taxic”, sends two drivers — one to take the inebriated motorist home, and the other to drive his vehicle.

[19] After 20 to 25 minutes — an unusually long time, since Mr. Boudreault had used the Taxic service in the past and its drivers had arrived immediately (“*tout de suite*” (A.R., vol. II, at p. 86)) — there was still no sign of the taxi. Ms. Dubois called Taxic once more. At that point, wanting to go to sleep, Ms. Dubois asked Mr. Boudreault to wait outside: [TRANSLATION] “. . . go warm up your truck,” she said, “the taxi is coming” (A.R., vol. II, at p. 69).

[20] A February morning in Jonquière, Quebec, it was minus 15 degrees Celsius outside, with winds blowing at 40 km/h. Mr. Boudreault left the apartment and got into his truck — which was in

[15] La conclusion de fait tirée par le juge, quelque surprenante ou déraisonnable puisse-t-elle sembler à un autre tribunal, ne soulève pas *une question de droit seulement*. Or, c’est le seul motif, je le répète, pour lequel le ministère public peut, en vertu de l’al. 676(1)a) du *Code criminel*, interjeter appel du verdict d’acquiescement prononcé par un tribunal de première instance.

[16] Par conséquent, j’estime être tenu, en droit, d’accueillir l’appel interjeté par M. Boudreault, d’annuler le jugement de la Cour d’appel et de rétablir les acquittements prononcés à son procès.

## II

[17] Le 7 février 2009, Donald Boudreault est sorti boire un coup. À la fermeture du débit de boisson, il est rentré chez Danye Dubois avec elle. Apparemment sobre, M<sup>me</sup> Dubois a conduit la camionnette de M. Boudreault de l’établissement jusqu’à son appartement, où la beuverie s’est poursuivie jusqu’à une heure avancée de la matinée du 8 février.

[18] Vers 10 h du matin, M. Boudreault a décidé de rentrer chez lui. Il admet qu’il était alors ivre et inapte à conduire. À sa demande, M<sup>me</sup> Dubois a donc appelé un taxi. Elle a fait appel à « Taxic », un service qui envoie deux conducteurs, un pour raccompagner l’automobiliste ivre, et l’autre pour ramener sa voiture.

[19] Après 20 à 25 minutes — un laps de temps anormalement long, puisque M. Boudreault avait déjà fait appel aux services de Taxic et que, dans le passé, les chauffeurs étaient arrivés « tout de suite » (d.a., vol. II, p. 86) —, le taxi n’était toujours pas arrivé. M<sup>me</sup> Dubois a alors rappelé « Taxic ». Puis, voulant aller se coucher, elle a demandé à M. Boudreault d’attendre dehors : « . . . vas faire chauffer le truck, puis le taxi va arriver », lui a-t-elle dit (d.a., vol. II, p. 69).

[20] Ce matin-là de février, à Jonquière, au Québec, le mercure marquait -15 °C et les vents soufflaient à 40 km/h. M. Boudreault est sorti, est monté dans sa camionnette qui était garée dans une



a private driveway, on level terrain, its automatic transmission set to “park” (A.F., at para. 30, note 13). He started the engine, turned on the heat, and fell asleep.

[21] At 10:44 a.m., the police received a call from the Taxic driver, who had arrived at Ms. Dubois’s home and reported seeing a man sleeping in the driver’s seat of a motor vehicle. The police arrested Mr. Boudreault shortly thereafter. His ability to drive was manifestly impaired.

[22] Upon arrest, Mr. Boudreault asked that he be left alone so that he could drive home. The trial judge attached no probative weight to this statement and took care to explain his conclusion in this regard. At the police station, a breathalyzer test yielded results of 250 mg of alcohol per 100 mL of blood at 11:40 a.m. and 242 mg of alcohol per 100 mL of blood at 12:05 p.m. — both over three times the legal limit of 80 mg/100 mL.

[23] Daoust J. of the Court of Quebec held that where there is no risk of putting a motor vehicle in motion, the courts must conclude that there is no care or control within the meaning of s. 253(1) of the *Code*. In his view, no such risk existed in this case. Mr. Boudreault, though intoxicated, knew what he was doing and took all the necessary precautions. From his own prior experience, Mr. Boudreault was well aware of the gravity of driving while impaired. He had a concrete and reliable plan to get home. And finally, the evidence established that his plan would in fact have prevented him from driving — it was the driver of the taxi he had summoned who called the police.

[24] The Court of Appeal allowed the Crown’s appeal and entered convictions. The Court considered that an intention to drive is not an essential element of the offence. The trial judge had therefore erred in considering a lack of intention to drive as proof that there was no risk of setting the vehicle in motion. In its view, [TRANSLATION] “there was such a risk given the respondent’s advanced state

entrée privée, en terrain plat, le levier de vitesses en mode « Park » (m.a., par. 30, note 13). Il a démarré le moteur, a mis le chauffage et s’est endormi.

[21] À 10 h 44, la police a reçu un appel du conducteur de Taxic, qui venait d’arriver à l’adresse de M<sup>me</sup> Dubois et signalait un homme endormi derrière le volant d’un véhicule à moteur. Peu après, des policiers ont arrêté M. Boudreault. Sa capacité de conduire était manifestement affaiblie.

[22] Mis en état d’arrestation, M. Boudreault a pourtant demandé qu’on le laisse conduire pour rentrer chez lui. Le juge du procès n’a pas accordé de valeur probante à cette déclaration et a pris soin d’expliquer sa conclusion à cet égard. L’alcooltest administré au poste de police a révélé la présence de 250 mg d’alcool par 100 ml de sang à 11 h 40 et de 242 mg d’alcool par 100 ml de sang à 12 h 05 soit, dans les deux cas, plus de trois fois la limite légale de 80 mg par 100 ml de sang.

[23] Selon le juge Daoust de la Cour du Québec, en l’absence de risque que le véhicule à moteur soit mis en mouvement, le tribunal ne peut conclure qu’il y avait garde ou contrôle au sens où il faut l’entendre pour l’application du par. 253(1) du *Code*. À son avis, en l’espèce, il n’y avait aucun risque de ce type : en effet, même s’il était ivre, M. Boudreault savait ce qu’il faisait et avait pris toutes les précautions nécessaires. Ses expériences antérieures lui avaient appris combien il est grave de conduire avec les facultés affaiblies. Il avait un plan concret et fiable pour rentrer chez lui. Et, finalement, la preuve a établi que son plan lui aurait effectivement évité de conduire — c’est le chauffeur du taxi qu’il avait lui-même fait appeler qui l’a dénoncé à la police.

[24] Le ministère public a eu gain de cause devant la Cour d’appel qui a inscrit des déclarations de culpabilité. Elle a jugé que, comme l’intention de conduire ne constitue pas un élément essentiel de l’infraction, le juge du procès avait commis une erreur en fondant sur l’absence d’une telle intention sa conclusion quant à l’inexistence de risque que le véhicule soit mis en mouvement. Aux dires

of intoxication, since his blood alcohol level was more than three times the legal limit and this might have greatly affected his judgment had he woken up” (para. 6).

### III

[25] I turn now to consider the issue of general application that concerns us here: Is risk of danger an essential element of the offence of care or control under s. 253(1) of the *Criminal Code*?

[26] As mentioned earlier, I believe that it is.

[27] In recent years, five provincial appellate courts have reached the same conclusion: *R. v. Wren* (2000), 47 O.R. (3d) 544, leave to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. xii (and again, more recently, in *R. v. Smits*, 2012 ONCA 524, 294 O.A.C. 355); *R. v. Decker*, 2002 NFCA 9, 209 Nfld. & P.E.I.R. 44, leave to appeal refused, [2002] 4 S.C.R. vii; *R. v. Burbella*, 2002 MBCA 105, 166 Man. R. (2d) 198; *R. v. Shuparski*, 2003 SKCA 22, [2003] 6 W.W.R. 428, leave to appeal refused, [2003] 2 S.C.R. x; *R. v. Mallery*, 2008 NBCA 18, 327 N.B.R. (2d) 130.

[28] With respect for those who have adopted an opposing view, I agree with Robertson J.A. in *Mallery*, that “[t]he concept of danger provides a unifying thread which promotes certainty in the law while balancing the rights of an accused with the objectives of the legislation” (para. 4).

[29] The divergence of opinion on this question may find its roots nearly a half-century ago in *Saunders v. The Queen*, [1967] S.C.R. 284, where the accused, while impaired, was found in the driver’s seat of an *inoperable* vehicle but was nonetheless convicted of “care or control” while impaired. To the extent that *Saunders* may be interpreted to exclude a risk of danger as an element of “care or control”, it has since been overtaken by subsequent

de la Cour d’appel, « ce risque existait étant donné l’état d’intoxication avancé de l’intimé qui dépassait trois fois la limite permise et était susceptible d’affecter grandement son jugement s’il s’était réveillé » (par. 6).

### III

[25] J’examine maintenant la question d’application générale qui est soulevée dans le présent pourvoi : le risque de danger constitue-t-il un élément essentiel de l’infraction de garde ou de contrôle décrite au par. 253(1) du *Code criminel*?

[26] Je le répète, à mon avis, c’est effectivement le cas.

[27] Ces dernières années, les cours d’appel de cinq provinces sont arrivées à la même conclusion : *R. c. Wren* (2000), 47 O.R. (3d) 544, autorisation d’appel refusée, [2000] 2 R.C.S. xii (et de nouveau, plus récemment, dans *R. c. Smits*, 2012 ONCA 524, 294 O.A.C. 355); *R. c. Decker*, 2002 NFCA 9, 209 Nfld. & P.E.I.R. 44, autorisation d’appel refusée, [2002] 4 R.C.S. vii; *R. c. Burbella*, 2002 MBCA 105, 166 Man. R. (2d) 198; *R. c. Shuparski*, 2003 SKCA 22, [2003] 6 W.W.R. 428, autorisation d’appel refusée, [2003] 2 R.C.S. x; *R. c. Mallery*, 2008 NBCA 18, 327 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 130.

[28] Avec égards pour ceux qui sont d’avis contraire, je souscris aux propos suivants du juge Robertson de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick dans *Mallery* : « . . . la notion de danger est le courant unificateur qui favorise la certitude au sein de la jurisprudence tout en assurant l’équilibre entre les droits de l’accusé et les objectifs du texte législatif » (par. 4).

[29] Les divergences d’opinions à ce sujet pourraient dater de l’arrêt *Saunders c. The Queen*, [1967] R.C.S. 284 rendu il y a près de 50 ans. Dans cette affaire, l’accusé, trouvé ivre derrière le volant d’un véhicule *hors d’usage*, avait tout de même été déclaré coupable d’en avoir eu « la garde ou le contrôle » alors qu’il avait les facultés affaiblies. Cet arrêt, s’il a déjà pu sembler vouloir dire que le risque de danger ne constitue pas un élément de

decisions of the Court, notably *R. v. Toews*, [1985] 2 S.C.R. 119, and *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865.

[30] In *Toews*, McIntyre J. held that

acts of care or control, short of driving, are acts which involve some use of the car or its fittings and equipment, or some course of conduct associated with the vehicle which would involve a risk of putting the vehicle in motion so that it could become dangerous. [Emphasis added; p. 126.]

[31] And in *Penno*, citing *Toews*, Lamer C.J. reaffirmed the requirement of risk of danger in these terms:

The law . . . is not deprived of any flexibility and does not go so far as to punish the mere presence of an individual whose ability to drive is impaired in a motor vehicle. In fact, *Toews* stands for the proposition that when a person uses a vehicle in a way that involves no risk of putting it in motion so that it could become dangerous, the courts should find that the *actus reus* was not present. [Emphasis added; p. 877.]

[32] Parliament's objective in enacting s. 253 of the *Code* was to prevent a risk of danger to public safety: *Toews*, at p. 126, citing *R. v. Price* (1978), 40 C.C.C. (2d) 378 (N.B.S.C., App. Div.), at p. 384. Accordingly, conduct that presents no such risk falls outside the intended reach of the offence.

[33] In this light, I think it helpful to set out once again the essential elements of "care or control" under s. 253(1) of the *Criminal Code* in this way:

- (1) an intentional course of conduct associated with a motor vehicle;
- (2) by a person whose ability to drive is impaired, or whose blood alcohol level exceeds the legal limit;
- (3) in circumstances that create a *realistic* risk of danger to persons or property.

l'infraction, a depuis été supplanté à cet égard par d'autres décisions de la Cour dont, notamment, *R. c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119, et *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865.

[30] Pour reprendre les propos du juge McIntyre dans *Toews* :

. . . les actes de garde ou de contrôle, hormis l'acte de conduire, sont des actes qui comportent une certaine utilisation du véhicule ou de ses accessoires, ou une conduite quelconque à l'égard du véhicule qui comporterait le risque de le mettre en mouvement de sorte qu'il puisse devenir dangereux. [Je souligne; p. 126.]

[31] En outre, dans *Penno*, le juge en chef Lamer, citant l'arrêt *Toews*, a confirmé en ces termes la nécessité qu'il y ait risque de danger :

. . . la loi ne manque pas totalement de souplesse et ne va pas jusqu'à punir la simple présence dans un véhicule à moteur d'une personne dont la capacité de conduire est affaiblie. En réalité, l'arrêt *Toews* consacre la règle que, lorsque l'utilisation du véhicule à moteur ne comporte aucun risque de le mettre en marche et de le rendre dangereux, les cours de justice devraient conclure qu'il y a absence d'*actus reus*. [Je souligne; p. 877.]

[32] En adoptant l'art. 253 du *Code*, le législateur souhaitait prévenir le risque de danger pour la sécurité publique : *Toews*, p. 126, citant *R. c. Price* (1978), 40 C.C.C. (2d) 378 (C.S.N.-B., Div. app.), p. 384. Par conséquent, une conduite non assortie d'un tel risque se situe au-delà de la portée voulue de l'infraction.

[33] Dans cette optique, j'estime utile d'énoncer à nouveau les éléments essentiels de l'infraction de « garde ou [de] contrôle » décrite au par. 253(1) du *Code criminel* :

- (1) une conduite intentionnelle à l'égard d'un véhicule à moteur;
- (2) par une personne dont la capacité de conduire est affaiblie ou dont l'alcoolémie dépasse la limite légale;
- (3) dans des circonstances entraînant un *risque réaliste* de danger pour autrui ou pour un bien.

[34] The risk of danger must be *realistic* and not just *theoretically possible*: *Smits*, at para. 60. But nor need the risk be *probable*, or even *serious* or *substantial*.

[35] To require that the risk be “realistic” is to establish a low threshold consistent with Parliament’s intention to prevent a danger to public safety. To require only that the risk be “theoretically possible” is to adopt too low a threshold since it would criminalize unnecessarily a broad range of benign and inconsequential conduct.

[36] It is settled law that an intention to set the vehicle in motion is *not* an essential element of the offence: *Ford v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 231. This may appear anomalous in view of the presumption set out at s. 258(1)(a) of the *Criminal Code*, which provides that an accused who was found in the driver’s seat of a motor vehicle

shall be deemed to have had the care or control of the vehicle . . . unless the accused establishes that the accused did not occupy that seat or position for the purpose of setting the vehicle . . . in motion . . .

[37] Accordingly, an accused found in the driver’s seat will be presumed, as a matter of law, to have care or control of the vehicle, unless the accused satisfies the court that he or she had no intention to drive — an intention that, pursuant to *Ford*, is not an essential element of the offence!

[38] At a minimum, the wording of the presumption signifies that a person who was found drunk and behind the wheel cannot, for that reason alone, be convicted of care or control if that person satisfies the court that he or she had no intention to set the vehicle in motion. Dickson C.J. made this plain in *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, at p. 19: “It cannot be said that proof of occupancy of the driver’s seat leads inexorably to the conclusion that the essential element of care or control exists . . .”

[39] Put differently, s. 258(1)(a) indicates that proof of voluntary inebriation and voluntary

[34] Il faut que le risque de danger soit *réaliste*, non pas seulement *possible en théorie* : *Smits*, par. 60. Il n’a toutefois pas non plus à être *probable*, ni même *sérieux* ou *considérable*.

[35] Exiger qu’il existe un risque « réaliste » constitue un critère peu rigoureux conforme à l’intention du législateur de prévenir le danger pour la sécurité publique. Par contre, exiger un risque qui ne serait que « possible en théorie », un critère trop peu rigoureux, emporterait la criminalisation injustifiée d’une foule de comportements bénins.

[36] Il est de jurisprudence constante que l’intention de mettre le véhicule en mouvement *ne* constitue *pas* un élément essentiel de l’infraction : *Ford c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 231. Cela peut surprendre compte tenu de la présomption créée à l’al. 258(1)a) du *Code criminel*, qui dispose que lorsque l’accusé occupe la place du conducteur d’un véhicule à moteur

il est réputé [. . .] avoir eu la garde ou le contrôle [de ce véhicule] à moins qu’il n’établisse qu’il n’occupait pas cette place ou position dans le but de mettre en marche ce véhicule . . .

[37] Ainsi, l’accusé qui occupait la place du conducteur est présumé, en droit, avoir eu la garde ou le contrôle du véhicule, à moins qu’il ne convainque le tribunal qu’il n’avait pas l’intention de conduire — intention qui, suivant *Ford*, ne constitue pas un élément essentiel de l’infraction!

[38] À tout le moins, la présomption doit s’interpréter ainsi : la personne trouvée ivre derrière le volant d’un véhicule ne sera pas pour cette seule raison déclarée coupable d’en avoir eu la garde ou le contrôle si elle convainc le tribunal qu’elle n’avait pas l’intention de mettre le véhicule en mouvement. Le juge en chef Dickson l’a clairement dit dans *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, p. 19 : « On ne peut dire que la preuve de l’occupation de la place du conducteur entraîne inexorablement la conclusion que l’élément essentiel de la garde ou du contrôle existe . . . »

[39] Autrement dit, aux termes de l’al. 258(1)a), la preuve qu’une personne s’est enivrée volontairement

occupancy of the driver's seat do not by their coexistence alone conclusively establish "care or control" under s. 253(1) of the *Criminal Code*. Something more is required and, in my view, the "something more" is a realistic risk of danger to persons or property.

[40] I agree with Justice Cromwell that Parliament's purpose in enacting the care or control provision was preventive, and directed at the inherent danger that normally arises from the mere "combination of alcohol and automobile": *Saunders*, at p. 290. With respect, however, I believe this supports my view that Parliament's intention in enacting s. 253(1) of the *Criminal Code* was to criminalize *only conduct that creates a realistic risk of danger*.

[41] A realistic risk that the vehicle will be set in motion obviously constitutes a realistic risk of danger. Accordingly, an *intention* to set the vehicle in motion suffices *in itself* to create the risk of danger contemplated by the offence of care or control. On the other hand, an accused who satisfies the court that he or she had no intention to set the vehicle in motion will not necessarily escape conviction: An inebriated individual who is found behind the wheel and has a present ability to set the vehicle in motion — without intending at that moment to do so — may nevertheless present a realistic risk of danger.

[42] In the absence of a contemporaneous intention to drive, a realistic risk of danger may arise in at least three ways. First, an inebriated person who initially does not intend to drive may later, while still impaired, change his or her mind and proceed to do so; second, an inebriated person behind the wheel may unintentionally set the vehicle in motion; and third, through negligence, bad judgment or otherwise, a stationary or inoperable vehicle may endanger persons or property.

conjuguée à celle qu'elle occupait volontairement la place du conducteur ne permettent pas à elles seules d'établir la perpétration de l'infraction de « garde ou [de] contrôle » décrite au par. 253(1) du *Code criminel*. Il faut autre chose et, selon moi, il s'agit d'un risque réaliste de danger pour autrui ou pour un bien.

[40] Je conviens avec le juge Cromwell que le législateur avait un objectif de prévention lorsqu'il a édicté la disposition relative à la garde ou au contrôle, et que cet objectif visait le danger inhérent qui découle normalement du seul fait de [TRADUCTION] « la combinaison de l'alcool et de l'automobile » : *Saunders*, p. 290. Avec égards, je crois toutefois que cela appuie mon point de vue selon lequel, lorsqu'il a édicté le par. 253(1) du *Code criminel*, le législateur souhaitait criminaliser *uniquement le comportement qui crée un risque réaliste de danger*.

[41] Un risque réaliste que le véhicule soit mis en mouvement constitue un risque réaliste de danger, cela va de soi. Ainsi, l'*intention* de mettre le véhicule en mouvement suffit à *elle seule* à créer le risque de danger que vise l'infraction de garde ou de contrôle. Par contre, l'accusé qui convainc le tribunal qu'il n'avait pas pareille intention ne sera pas forcément acquitté. En effet, la personne trouvée ivre, assise à la place du conducteur et capable de mettre le véhicule en mouvement — même sans en avoir l'intention à ce moment-là — pourrait néanmoins présenter un risque réaliste de danger.

[42] En l'absence d'une intention concomitante de conduire, il peut survenir un risque réaliste de danger d'au moins trois façons. D'abord, une personne ivre qui, initialement, n'a pas l'intention de conduire peut, ultérieurement, alors qu'elle est encore intoxiquée, changer d'idée et prendre le volant. Ensuite, une personne ivre assise à la place du conducteur peut, involontairement, mettre le véhicule en mouvement. Enfin, par suite de négligence ou d'un manque de jugement ou autrement, un véhicule stationnaire ou qui n'est pas en état de fonctionner peut mettre des personnes ou des biens en danger.

[43] The only risk of danger alleged by the Crown in this case was that Mr. Boudreauult would, at some point, set his vehicle in motion intentionally.

[44] The Crown contends that a risk of danger is not an essential element of care or control under s. 253(1) of the *Code*. It submits that, even where the presumption of care or control under s. 258(1)(a) is not engaged, the Crown need only prove voluntary consumption of alcohol beyond the legal limit (or leading to impairment) and “some use of the car or its fittings and equipment” (R.F., at para. 32, citing *Toews*, at p. 126). Accordingly, in the Crown’s submission, an inebriated accused found behind the wheel of a car, with the key in the ignition and the motor running, is subject to automatic conviction.

[45] As I mentioned at the outset, anyone found inebriated and behind the wheel with a present ability to drive will — and *should* — almost invariably be convicted. It hardly follows, however, that a conviction in these circumstances is, or should be, “automatic”. A conviction will be neither appropriate nor inevitable absent a realistic risk of danger in the particular circumstances of the case.

[46] The care or control offence captures a wide ambit of dangerous conduct: Anyone who is intoxicated and in a position to immediately set the vehicle in motion faces conviction on those facts alone.

[47] Parliament, in its wisdom, has until now seen fit to create only one reverse onus in the context of the care and control offence. It is found in s. 258 of the *Code* and is not in issue on this appeal. Any other reversal of the burden of proof — for example, as to the existence of a realistic risk of danger to persons or property — is a matter for Parliament and not for the courts. And it would be

[43] En l’espèce, le seul risque de danger invoqué par le ministère public avait trait au fait que, à un moment donné, M. Boudreauult aurait pu intentionnellement mettre son véhicule en mouvement.

[44] Le ministère public soutient que le risque de danger n’est pas un élément essentiel de l’infraction de garde ou de contrôle décrite au par. 253(1) du *Code*. Il fait valoir que, même dans les cas où la présomption relative à la garde et au contrôle établie à l’al. 258(1)a) ne joue pas, il doit seulement prouver la consommation volontaire d’une quantité d’alcool supérieure à la limite légale (ou suffisante pour affaiblir la capacité de conduire) et « une certaine utilisation du véhicule ou de ses accessoires » (m.i., par. 32, citant *Toews*, p. 126). Ainsi, aux dires du ministère public, l’accusé qui a été trouvé ivre à la place du conducteur d’un véhicule tandis que la clé était dans le contact et que le moteur tournait écoperait automatiquement d’une déclaration de culpabilité.

[45] Je le répète, toute personne qui était ivre et qui occupait la place du conducteur d’un véhicule qu’elle pouvait, dans les faits, mettre en mouvement sera déclarée coupable — et *devrait l’être* — dans presque tous les cas. Or, il ne s’ensuit vraiment pas pour autant que, dans ces circonstances, la déclaration de culpabilité sera « automatique » ou devrait l’être. En effet, elle ne sera ni indiquée ni inévitable lorsqu’il n’existe pas de risque réaliste de danger compte tenu des circonstances particulières de l’affaire.

[46] L’infraction de garde ou de contrôle vise un vaste éventail de conduites dangereuses : quiconque est intoxiqué et en position de mettre immédiatement un véhicule en mouvement est passible d’être déclaré coupable sur la base de ces seuls faits.

[47] Dans sa sagesse, le législateur a, à ce jour, jugé bon de ne créer qu’une inversion du fardeau de la preuve dans le contexte de l’infraction de garde ou de contrôle. Elle est prévue à l’art. 258 du *Code* et ne fait pas l’objet du litige dans le présent pourvoi. En outre, il appartient au législateur, et non aux tribunaux, de décider de toute autre inversion du fardeau de la preuve — par exemple quant à

subject, of course, to constitutional scrutiny under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[48] I need hardly reiterate that “realistic risk” is a low threshold and, in the absence of evidence to the contrary, will normally be the only reasonable inference where the Crown establishes impairment and a present ability to set the vehicle in motion. To avoid conviction, the accused will in practice face a tactical necessity of adducing credible and reliable evidence tending to prove that no realistic risk of danger existed in the particular circumstances of the case.

[49] The accused may escape conviction, for example, by adducing evidence that the motor vehicle was inoperable or, on account of its location or placement, could, under no reasonably conceivable circumstances, pose a risk of danger. Likewise, use of the vehicle for a manifestly innocent purpose should not attract the stigma of a criminal conviction. As Lamer C.J. observed in *Penno*, “The law . . . is not deprived of any flexibility and does not go so far as to punish the mere presence of an individual whose ability to drive is impaired in a motor vehicle” (p. 877).

[50] The existence or not of a realistic risk of danger is a finding of fact: see *R. v. Lockerby*, 1999 NSCA 122, 180 N.S.R. (2d) 115, at para. 13; *Smits*, at para. 61. The trial judge must examine all of the relevant evidence to this end and may consider a number of factors: see, e.g., *R. v. Szymanski* (2009), 88 M.V.R. (5th) 182 (Ont. S.C.J.), at para. 93, *per* Durno J.; *R. v. Ross*, 2007 ONCJ 59, 44 M.V.R. (5th) 275, at para. 14, *per* Duncan J.

[51] One of the factors of particular relevance in this case is that the accused took care to arrange

l’existence d’un risque réaliste de danger pour les personnes ou les biens. La validité constitutionnelle d’une telle inversion serait, bien entendu, sujette à un examen au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[48] Il va sans dire que l’existence d’un « risque réaliste » est un critère peu rigoureux et, en l’absence de preuve à l’effet contraire, constitue normalement la seule inférence raisonnable lorsque le ministère public fait la preuve de l’intoxication et de la capacité, dans les faits, de mettre le véhicule en mouvement. Pour éviter d’être déclaré coupable, l’accusé devra faire face, sur le plan tactique, à la nécessité de présenter des éléments de preuve crédibles et fiables tendant à prouver qu’il n’y avait pas de risque réaliste de danger dans les circonstances particulières de la cause.

[49] L’accusé peut échapper à une déclaration de culpabilité, par exemple, en présentant des éléments de preuve selon lesquels le véhicule à moteur était hors d’état de rouler, ou positionné de telle sorte qu’il n’y avait pas de circonstances raisonnablement concevables dans lesquelles il aurait pu présenter un risque de danger. De même, l’utilisation d’un véhicule à une fin manifestement innocente ne saurait emporter la stigmatisation d’une condamnation criminelle. Comme l’a fait remarquer le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Penno*, « la loi ne manque pas totalement de souplesse et ne va pas jusqu’à punir la simple présence dans un véhicule à moteur d’une personne dont la capacité de conduire est affaiblie » (p. 877).

[50] L’existence ou non d’un risque réaliste de danger est une conclusion de fait : voir *R. c. Lockerby*, 1999 NSCA 122, 180 N.S.R. (2d) 115, par. 13; *Smits*, par. 61. Pour être en mesure de se prononcer à cet égard, le juge du procès doit examiner tous les éléments de preuve pertinents et peut tenir compte de divers facteurs : voir, p. ex., *R. c. Szymanski* (2009), 88 M.V.R. (5th) 182 (C.S.J. Ont.), par. 93 (le juge Durno); *R. c. Ross*, 2007 ONCJ 59, 44 M.V.R. (5th) 275, par. 14 (le juge Duncan).

[51] Un des facteurs particulièrement pertinents en l’espèce tient à ce que l’accusé avait pris soin

what some courts have called an “alternate plan” to ensure his safe transportation home.

[52] The impact of an “alternate plan” of this sort on the court’s assessment of the risk of danger depends on two considerations: first, whether the plan itself was objectively concrete and reliable; second, whether it was in fact implemented by the accused. A plan may seem watertight, but the accused’s level of impairment, demeanour or actions may demonstrate that there was nevertheless a realistic risk that the plan would be abandoned before its implementation. Where judgment is impaired by alcohol, it cannot be lightly assumed that the actions of the accused when behind the wheel will accord with his or her intentions either then or afterward.

[53] For example, even where it is certain that the taxi will show up at some point, if the accused occupied the driver’s seat without a valid excuse or reasonable explanation, this alone may persuade the judge that “his judgment [was] so impaired that he [could not] foresee the possible consequences of his actions”: *Toews*, at p. 126, again citing *Price*, at p. 384. The converse, however, is not necessarily true. Even where it is probable that the taxi will appear at some point and the accused occupied the driver’s seat *with* a valid excuse or reasonable explanation, the trial judge may nonetheless be satisfied beyond a reasonable doubt that there remained a realistic risk of danger in the circumstances.

#### IV

[54] The trial judge in this case committed no error of principle in outlining the applicable law. He recognized that the absence of an intention to drive is not a defence and is only relevant to rebutting the presumption in s. 258(1)(a) of the *Criminal Code*. He also correctly noted that a risk of danger is an essential element of the offence. Finally, the trial judge turned his mind to the possibility that the risk may materialize by setting the vehicle in motion, either intentionally or unintentionally. In

d’établir ce que certains tribunaux ont appelé un « plan bien arrêté » pour assurer son retour sécuritaire chez lui.

[52] L’incidence d’un « plan bien arrêté » de ce type sur l’évaluation par la cour du risque de danger dépend de deux considérations. D’abord, le plan était-il objectivement concret et fiable? Ensuite, allait-il effectivement être suivi par l’accusé? Il se peut que l’état d’ébriété de l’accusé, son comportement ou ses actions démontrent l’existence d’un risque réaliste que le plan, qui semblait par ailleurs infaillible, allait être abandonné avant même d’être mis à exécution. Si son jugement était affaibli par l’alcool, on ne peut tenir pour acquis à la légère que les actions de la personne ivre, lorsqu’elle était derrière le volant, allaient concorder avec ses intentions ni à ce moment-là ni ultérieurement.

[53] Par exemple, même s’il ne fait aucun doute que le taxi allait finir par arriver, la présence de l’accusé qui était ivre à la place du conducteur sans excuse valable ou explication raisonnable peut, à elle seule, convaincre le tribunal que « son jugement [pouvait être] si affaibli qu’[il] ne p[ouvait] prévoir les conséquences possibles de ses actes » : *Toews*, p. 126, citant de nouveau *Price*, p. 384. L’inverse n’est toutefois pas nécessairement vrai. Même s’il était probable que le taxi arrive à un moment donné et que l’accusé occupait la place du conducteur *avec* une excuse valable ou une explication raisonnable, le juge du procès peut tout de même être convaincu hors de tout doute raisonnable qu’il persistait un risque réaliste de danger dans les circonstances.

#### IV

[54] En l’espèce, le juge du procès n’a commis aucune erreur de principe dans son exposé du droit applicable. Il a reconnu que l’absence d’intention de conduire n’est pas un moyen de défense et ne joue que pour réfuter la présomption prévue à l’al. 258(1)a) du *Code criminel*. En outre, il a souligné, à bon droit, que le risque de danger constitue un élément essentiel de l’infraction. Enfin, il s’est penché sur la possibilité que le risque se concrétise si le véhicule avait été mis en mouvement



this latter regard, the trial judge recognized that the risk of [TRANSLATION] “the vehicle being set in motion involuntarily” is a danger the offence is designed to prevent (para. 35). He did not, however, expressly address that danger in this case. This is hardly surprising: At no point during the trial did the Crown allude *at all* to any such risk in this case.

[55] The parties do not dispute any aspect of the evidence relied on by the trial judge in his reasons.

[56] Finally, applying the correct legal test to the evidence he accepted, the trial judge concluded there was *no risk* that Mr. Boudreault would at any point intentionally set the vehicle in motion. As earlier mentioned, this finding of fact, however unsatisfactory or unreasonable it may appear to others, was not reviewable on an appeal by the Crown.

[57] I therefore feel bound, as a matter of law, to allow Mr. Boudreault’s appeal, to set aside the judgment of the Court of Appeal, and to restore his acquittals at trial.

The following are the reasons delivered by

CROMWELL J. (dissenting) —

#### I. Introduction

[58] It is an offence to have “care or control” of a motor vehicle while one’s blood alcohol ratio exceeds the legal limit of 80 mg of alcohol per 100 mL of blood (“08”) or while one’s ability to operate the vehicle is impaired. This appeal concerns whether the trial judge properly interpreted and applied the elements of the care or control offence in the appellant’s case.

[59] The trial judge found that in order for the accused to be in “care or control” of a vehicle, his acts in relation to it must give rise to a risk of danger. In other words, creation of a risk of danger is an essential element of the offence. The judge

intentionnellement ou non. À cet égard, le juge du procès a reconnu que le risque que « le véhicule [puisse] être mis en marche involontairement » constitue un danger que l’infraction vise à prévenir (par. 35). Il ne s’est toutefois pas prononcé expressément sur ce danger en l’espèce. Ce n’est guère surprenant : au procès, la poursuite n’y a jamais fait la *moindre* allusion.

[55] Les parties ne contestent pas la preuve sur laquelle le juge du procès a fondé les motifs de sa décision.

[56] Enfin, après avoir appliqué le bon critère juridique à la preuve admise, le juge du procès a conclu à l’absence, à quelque moment que ce soit, de *tout risque* que M. Boudreault mette intentionnellement son véhicule en mouvement. Je le répète, même si elle peut sembler discutable, voire déraisonnable, pour certains, cette conclusion de fait n’est pas sujette à révision en appel.

[57] Je m’estime donc tenu, en droit, d’accueillir le pourvoi de M. Boudreault, d’annuler le jugement de la Cour d’appel et de rétablir les acquittements prononcés au procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CROMWELL (dissident) —

#### I. Introduction

[58] Commet une infraction quiconque a « la garde ou le contrôle » d’un véhicule à moteur lorsque son alcoolémie excède la limite légale de 80 mg d’alcool par 100 ml de sang (« 0,08 ») ou lorsque sa capacité de conduire un véhicule à moteur est affaiblie. Nous sommes appelés, en l’espèce, à déterminer si le juge du procès a interprété et appliqué correctement les éléments de l’infraction de garde ou de contrôle dans le cas intéressant l’appelant.

[59] Selon le juge du procès, pour que l’accusé ait « la garde ou le contrôle » d’un véhicule, il faut que ses actes relativement à ce dernier comportent un risque de danger. Autrement dit, la création du risque de danger serait un élément essentiel

also found that there was no such risk here because the appellant did not intend to drive. My colleague Fish J. would uphold these findings. I respectfully disagree.

[60] My view is that risk of danger is not an element of the offence. My colleague attempts to limit by means of statutory interpretation the potentially wide ambit of the care or control offence by reading in both this new essential element and a new evidentiary rule that operates against the accused. Respectfully, this result is not consistent with well-settled principles of statutory interpretation. In addition, this approach, in my respectful view, seriously undercuts the provision's preventive purpose. In any event, even if the creation of risk were an essential element of the offence, the trial judge erred in law in finding that it had not been proved. There is no dispute that the absence of intent to set the vehicle in motion is *not* a defence. But the trial judge in effect made it so by basing his conclusion that there was no risk on evidence that the appellant did not intend to drive (2010 QCCQ 11443 (CanLII)).

[61] In my view, the Court of Appeal for Quebec was correct to set aside the acquittals entered by the trial judge and to enter convictions (2011 QCCA 2071 (CanLII)). I would therefore dismiss the appeal.

## II. Analysis

[62] The appeal raises two issues: first, did the trial judge err in law by finding that the risk of danger is an essential element of the care or control offence in s. 253(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and second, did he err in finding that there was no such risk here?

de l'infraction. Le juge du procès a aussi conclu à l'inexistence d'un tel risque en l'espèce puisque l'appellant n'avait pas l'intention de conduire. Mon collègue, le juge Fish, est d'avis de confirmer ces conclusions. Sauf le respect que je lui dois, je ne suis pas de son avis.

[60] J'estime que le risque de danger n'est pas un élément constitutif de l'infraction. Par le truchement de l'interprétation législative, mon collègue tente de circonscrire la portée potentiellement large de l'infraction de garde ou de contrôle en l'assortissant à la fois de ce nouvel élément essentiel et d'une nouvelle règle de preuve qui joue contre l'accusé. À mon humble avis, une telle conclusion s'écarte des principes bien établis d'interprétation législative. En outre, je suis d'avis que cette approche mine sérieusement l'objectif préventif de la disposition. Quoi qu'il en soit, quand bien même la création d'un risque constituerait un élément essentiel de l'infraction, le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que cet élément n'avait pas été prouvé. Nul ne conteste que l'absence d'intention de mettre le véhicule en mouvement *ne* constitue *pas* un moyen de défense. Or, dans les faits, le juge du procès en a fait un moyen de défense en fondant sa conclusion quant à l'inexistence de risque sur la preuve démontrant que l'appellant n'avait pas l'intention de conduire (2010 QCCQ 11443 (CanLII)).

[61] À mon avis, la Cour d'appel du Québec a eu raison d'annuler les acquittements prononcés par le juge du procès et d'y substituer une déclaration de culpabilité (2011 QCCA 2071 (CanLII)). Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

## II. Analyse

[62] Le présent pourvoi soulève deux questions : premièrement, le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en concluant que le risque de danger constitue un élément essentiel de l'infraction de garde ou de contrôle prévue au par. 253(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46? Deuxièmement, sa constatation quant à l'inexistence d'un tel risque était-elle erronée en l'espèce?

[63] My colleague Fish J. has admirably set out the facts and decisions so that I can proceed immediately to my analysis of these issues.

A. *Is a Risk of Danger an Essential Element of the Care or Control Offence?*

[64] The relevant provision is s. 253(1) of the *Code*:

**253.** (1) Every one commits an offence who operates a motor vehicle or vessel or operates or assists in the operation of an aircraft or of railway equipment or has the care or control of a motor vehicle, vessel, aircraft or railway equipment, whether it is in motion or not,

(a) while the person's ability to operate the vehicle, vessel, aircraft or railway equipment is impaired by alcohol or a drug; or

(b) having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person's blood exceeds eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood.

[65] In *R. v. Toews*, [1985] 2 S.C.R. 119, McIntyre J. noted that the *mens rea* of the care and control offence is the intent to assume care or control after the voluntary consumption of alcohol or a drug and that the *actus reus* is the act of assumption of care or control when the voluntary consumption of alcohol or a drug has impaired the ability to drive (p. 124).

[66] The question of what the expression “care or control” means in this section is of course an issue of statutory interpretation. The approach to the issue is not controversial: we are to read the words in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament. We are not to apply a presumption of *Charter* compliance absent ambiguity.

[63] Comme mon collègue, le juge Fish, a admirablement relaté les faits et l'historique judiciaire, je peux entreprendre directement l'analyse de ces questions.

A. *Le risque de danger constitue-t-il un élément essentiel de l'infraction de garde ou de contrôle?*

[64] La disposition pertinente, soit le par. 253(1) du *Code*, dispose :

**253.** (1) Commet une infraction quiconque conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, dans les cas suivants :

a) lorsque sa capacité de conduire ce véhicule, ce bateau, cet aéronef ou ce matériel ferroviaire est affaibli par l'effet de l'alcool ou d'une drogue;

b) lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang.

[65] Dans *R. c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119, le juge McIntyre a souligné que la *mens rea* de l'infraction de garde et de contrôle est l'intention d'assumer la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur après avoir consommé volontairement de l'alcool ou de la drogue et que l'*actus reus* est l'acte qui consiste à assumer la garde ou le contrôle alors que la consommation volontaire d'alcool ou d'une drogue a affaibli la capacité de conduire (p. 124).

[66] Ce qu'il faut entendre par « la garde ou le contrôle » relève bien sûr de l'interprétation législative, et l'analyse qui permet de le déterminer n'est pas controversée : il faut interpréter les mots dans leur contexte global, en suivant leur sens grammatical et ordinaire qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. En l'absence de toute ambiguïté, il ne nous est pas permis d'appliquer la présomption de conformité à la *Charte*.

(1) Ordinary Meaning and Statutory Purpose

[67] In this case, the presumption of care or control in s. 258 of the *Code* was rebutted. Thus, the discussion that follows is only concerned with the interpretation of care or control in the context where the presumption does not apply.

[68] I begin with the text of the provision. “[C]are or control” are not technical legal words in this context. The ordinary sense of the word “care” denotes charge or protection while “control” denotes command and direction: see, e.g., *R. v. Price* (1978), 40 C.C.C. (2d) 378 (N.B.S.C., App. Div.), at pp. 383-84; *R. v. Johal* (1998), 124 C.C.C. (3d) 249 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 253. It follows that if the ordinary meaning of these words applies, one is in care or control of a motor vehicle when one acts to assume the present ability to operate the vehicle or has its superintendence or management.

[69] The scheme and object of the provision suggest that Parliament intended the ordinary meaning to apply. The purpose of criminalizing having care or control of a vehicle while impaired (or over .08) is preventive. While the evil is the danger of impaired operation of a vehicle, a wider ambit of criminality has been created to prevent that evil from materializing. The unanimous Court, speaking through Fauteux J., commented on this preventive purpose in *Saunders v. The Queen*, [1967] S.C.R. 284, at pp. 289-90:

Obviously, every one agrees that the true object of the provisions . . . is to cope with and protect the person and the property from the danger which is inherent in the *driving, care or control* of a motor vehicle by anyone who is intoxicated . . .

. . . .

. . . these and the other related provisions of the *Code* manifest the determination of Parliament to strike at

(1) Sens ordinaire et objet de la loi

[67] En l’espèce, la présomption de garde ou de contrôle prévue à l’art. 258 du *Code* a été réfutée. L’analyse qui suit n’intéresse donc que l’interprétation de ce que constitue la garde ou le contrôle dans les cas où la présomption ne s’applique pas.

[68] Tout d’abord, le libellé de la disposition. Les mots « la garde ou le contrôle » dans le présent contexte n’appartiennent pas au vocabulaire technique juridique. Dans leur sens ordinaire, les mots « garde » et « contrôle » évoquent, pour le premier, la prise en charge ou la protection et, pour le second, la commande et la maîtrise : voir, p. ex., *R. c. Price* (1978), 40 C.C.C. (2d) 378 (C.S.N.-B., Div. app.), p. 383-384; *R. c. Johal* (1998), 124 C.C.C. (3d) 249 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 253. Il s’ensuit donc, s’il faut appliquer le sens ordinaire de ces termes, que pour avoir la garde ou le contrôle d’un véhicule à moteur, il faut avoir la capacité, dans les faits, de le mettre en mouvement ou en avoir la supervision ou la charge.

[69] L’intention du législateur que le sens ordinaire s’applique se dégage de l’esprit et de l’objet de la disposition. L’infraction de garde ou de contrôle avec les facultés affaiblies (ou une alcoolémie supérieure à 0,08) a été créée dans un but de prévention. Même si le danger que présente la conduite avec les facultés affaiblies constitue le mal à réprimer, l’infraction créée englobe davantage pour éviter la concrétisation de ce mal. La Cour à l’unanimité a souligné, sous la plume du juge Fauteux, le but préventif de la disposition dans l’arrêt *Saunders c. The Queen*, [1967] R.C.S. 284, p. 289-290 :

[TRADUCTION] De toute évidence, tous conviennent que le véritable but des dispositions [. . .] est de conjurer le danger et de protéger les personnes et la propriété contre le danger qui est inhérent à la *conduite, à la garde ou au contrôle* d’un véhicule à moteur par toute personne en état d’ivresse ou sous l’influence d’un narcotique . . .

. . . .

. . . les dispositions et d’autres dispositions connexes du *Code* révèlent la détermination du législateur à

the very root of the evil, to wit: the combination of alcohol and automobile, that normally breeds this element of danger which this preventive legislation is meant to anticipate. [Emphasis added; italics in original.]

[70] In *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, when discussing the constitutionality of the presumption of care or control now found at s. 258 of the *Code*, Dickson C.J. held that “Parliament wished to discourage intoxicated people from even placing themselves in a position where they could set a vehicle in motion” (p. 26 (emphasis added); see also *Ford v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 231, at p. 249; *Toews*, at p. 126).

[71] I conclude that the provision’s preventive purpose supports giving the expression “care or control” in this context its ordinary meaning.

[72] Further, this view is reinforced by the well-settled proposition that the intent to set the vehicle in motion is not an element of the care or control offence. The contrary interpretation, which was adopted in dissent by Dickson J. in *Ford*, was expressly rejected by the majority reasons, written by Ritchie J.:

Nor, in my opinion, is it necessary for the Crown to prove an intent to set the vehicle in motion in order to procure a conviction on a charge under s. 236(1) [now s. 253(1)] . . . Care or control may be exercised without such intent where an accused performs some act or series of acts involving the use of the car, its fittings or equipment, such as occurred in this case, whereby the vehicle may unintentionally be set in motion creating the danger the section is designed to prevent. [Emphasis added; pp. 248-49.]

(See also *Toews*, at p. 123; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865, at pp. 875-77 and 895.)

Dickson J. adopted the majority position in *Ford* when writing for the unanimous Court in *Whyte*:

Is the intention to set the vehicle in motion an ingredient of the offence of having care or control of a motor

s’attaquer au cœur même de ce mal, soit la combinaison de l’alcool et de l’automobile qui emporte généralement l’élément de danger que vise à écarter cette législation à caractère préventif. [Je souligne; en italique dans l’original.]

[70] Dans *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, le juge en chef Dickson, en analysant la constitutionnalité de la présomption de garde ou de contrôle telle qu’elle est maintenant prévue à l’art. 258 du *Code*, a constaté que « [l]e législateur voulait décourager les gens en état d’ébriété de risquer de se placer dans une situation où ils pourraient mettre un véhicule en marche » (p. 26 (je souligne); voir également *Ford c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 231, p. 249; *Toews*, p. 126).

[71] Je conclus que le but préventif de la disposition justifie, dans ce contexte, d’interpréter les mots « la garde ou le contrôle » dans leur sens ordinaire.

[72] Cette conclusion est également étayée par le principe bien établi selon lequel l’intention de mettre le véhicule en mouvement n’est pas un élément constitutif de l’infraction de garde ou de contrôle. L’avis contraire, émis en dissidence par le juge Dickson dans *Ford*, a été expressément rejeté en ces termes dans les motifs des juges majoritaires, rédigés par le juge Ritchie :

Il n’est pas non plus nécessaire, à mon avis, que la poursuite fasse la preuve de l’intention de mettre le véhicule en marche pour que soit reconnue coupable une personne accusée, en vertu du par. 236(1) [maintenant le par. 253(1)] [. . .]. Il peut y avoir garde même en l’absence de cette intention lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, un accusé accomplit un acte ou une série d’actes ayant trait à l’utilisation du véhicule ou de ses accessoires, qui font que le véhicule peut être mis en marche involontairement, créant le danger que l’article vise à prévenir. [Je souligne; p. 248-249.]

(Voir également *Toews*, p. 123; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865, p. 875-877 et 895.)

Signalons que le juge Dickson s’est rallié à la position de la majorité dans *Ford* lorsqu’il a rédigé la décision unanime de la Cour dans *Whyte* :

L’intention de mettre en marche le véhicule à moteur est-elle un élément de l’infraction de garde ou de

vehicle while impaired, or is the absence of such intention simply a way for an accused to rebut the presumption of care or control? This Court settled the question in *Ford v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 231, when Ritchie J. for the majority held that the intention to set the vehicle in motion is not an element of the offence. Proof of lack of intention is simply an evidentiary point that rebuts the presumption of care or control of the vehicle established by s. 237(1)(a). The Court recently reaffirmed *Ford* in *R. v. Toews*, [1985] 2 S.C.R. 119. [Emphasis added; p. 17.]

In *Toews*, McIntyre J. also held that the absence of intent to drive did not afford the accused any *defence* to the infraction of care or control (p. 124).

[73] Section 253 being preventive in nature, the element of risk will be relevant to the assessment of whether the person has care or control of a motor vehicle. Since the intention of driving the vehicle is not pertinent under the care or control offence, the risk must be assessed by looking at the accused's use of the vehicle. Indeed, risk should not be assessed on the premise that the accused's actions will accord with his or her intentions. In my view, if an accused acts to assume the present ability to operate the vehicle or its superintendence or management, there is an inherent risk of danger, unless objectively viewed, the accused's use of the vehicle involves no such risk. As Lamer C.J. wrote in *Penno*, at p. 877, "when a person uses a vehicle in a way that involves no risk of putting it in motion so that it could become dangerous, the courts should find that the *actus reus* was not present".

[74] Not all acts in relation to a vehicle will necessarily constitute acts of care or control. The degree of involvement of the accused with the vehicle will need to be more than trivial to constitute care or control. Courts should not assess mechanistically the numbers and nature of the acts performed by the accused. Rather, the determination of whether the accused was in care or control will depend upon a careful consideration of the particular facts

contrôle avec facultés affaiblies ou l'absence d'une telle intention permet-elle simplement à l'accusé de réfuter la présomption de garde ou de contrôle? Cette Cour a réglé la question dans l'arrêt *Ford c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 231, lorsque le juge Ritchie a conclu au nom de la majorité que l'intention de mettre un véhicule en marche ne constitue pas un élément de l'infraction. La preuve de l'absence d'intention est simplement une question de présentation de preuve qui réfute la présomption de garde ou de contrôle du véhicule établie à l'al. 237(1)a). La Cour a récemment confirmé l'arrêt *Ford* dans l'arrêt *R. c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119. [Je souligne; p. 17.]

Dans l'arrêt *Toews*, le juge McIntyre a également indiqué que l'absence d'intention de conduire de la part de l'accusé ne constitue pas un *moyen de défense* opposable à une accusation de garde ou de contrôle (p. 124).

[73] Étant donné le caractère préventif de l'art. 253, l'élément de risque est pertinent quand il s'agit de déterminer si la personne avait la garde ou le contrôle du véhicule à moteur. Or, comme l'intention de conduire ou non ne joue pas pour établir cette infraction, ce n'est pas suivant la prémisse que les actes de l'accusé révèlent son intention qu'on évalue le risque, mais plutôt à l'utilisation qu'il ou elle fait du véhicule. À mon avis, il y a risque inhérent de danger dès lors que la personne fait quelque chose pour avoir la capacité, dans les faits, de mettre le véhicule en mouvement ou pour en assumer la supervision ou la charge, à moins toutefois que, d'un point de vue objectif, l'utilisation du véhicule ne comporte aucun risque. Pour reprendre les propos du juge en chef Lamer dans *Penno* : « . . . lorsque l'utilisation du véhicule à moteur ne comporte aucun risque de le mettre en marche et de le rendre dangereux, les cours de justice devraient conclure qu'il y a absence d'*actus reus* » (p. 877).

[74] Tout acte ayant trait à un véhicule n'équivaut pas forcément à un acte de garde ou de contrôle; en effet, il faut plus qu'une utilisation négligeable du véhicule de la part de l'accusé. Néanmoins, les tribunaux ne devraient pas dresser mécaniquement l'inventaire du nombre d'actes accomplis par l'accusé et de leur nature, mais doivent, pour déterminer s'il avait la garde ou le contrôle, examiner soigneusement les faits particuliers de l'espèce. Comme l'a

of the case. As this Court held in *Toews*, at p. 126, “Each case will depend on its own facts and the circumstances in which acts of care or control may be found will vary widely.”

[75] With respect, the approach adopted by my colleague significantly undermines this preventive purpose as the acquittals on the facts of this case demonstrate. The accused got in his vehicle while drunk, sat behind the wheel, started the engine and fell asleep. When awakened, still very drunk, by the police and with the engine of his vehicle still running, he asked to be left alone *so that he could drive home*. It is difficult to imagine a case falling more squarely within the preventive purpose of the care and control provision. The preventive function of the provision is not to encourage finely tuned legal debates about the characterization of a risk that could materialize: the provision seeks to prevent the risk from materializing by criminalizing a wider array of conduct in which that risk is likely to be, but may not in fact be present.

## (2) Authority

[76] Some appellate courts have taken the view that a risk of danger constitutes an essential element of this offence: see, e.g., *R. v. Decker*, 2002 NFCA 9, 209 Nfld. & P.E.I.R. 44, at paras. 25-31, leave to appeal refused, [2002] 4 S.C.R. vii; *R. v. Burbella*, 2002 MBCA 105, 166 Man. R. (2d) 198, at para. 22; *R. v. Shuparski*, 2003 SKCA 22, [2003] 6 W.W.R. 428, at paras. 46-47, leave to appeal refused, [2003] 2 S.C.R. x; *R. v. Mallery*, 2008 NBCA 18, 327 N.B.R. (2d) 130, at paras. 52-53. As discussed in the previous section of my reasons, this interpretation is not in my view supported by the text or the purpose of the provision. Nor is it supported by the governing authorities from this Court.

[77] My colleague is of the view that the Court’s decisions in *Toews* and *Penno* incorporate a risk of danger as an element of the offence. I respectfully disagree. There was a clear statement to the

dit la Cour dans *Toews*, p. 126 : « Chaque affaire sera décidée en fonction de ses propres faits et les circonstances où l’on pourra conclure qu’il y a des actes de garde ou de contrôle varieront beaucoup. »

[75] Avec égards, l’approche adoptée par mon collègue mine considérablement cet objectif préventif comme l’illustrent les acquittements fondés sur les faits de la présente affaire. L’accusé est entré dans son véhicule alors qu’il était ivre, il s’est assis derrière le volant, il a fait démarrer le moteur, puis il s’est endormi. Lorsqu’il a été réveillé par les policiers, alors qu’il était encore très intoxiqué et que le moteur de son véhicule tournait toujours, il a demandé à être laissé seul *afin qu’il puisse conduire pour rentrer chez lui*. Il est difficile d’imaginer un cas visé aussi précisément par l’objectif préventif de la disposition relative à la garde et au contrôle. Cette fonction préventive ne doit pas servir à alimenter des débats juridiques tatillons quant à la caractérisation d’un risque qui pourrait se concrétiser : la disposition vise à prévenir la concrétisation du risque en criminalisant un éventail plus large de conduites qui sont susceptibles de conduire à cette concrétisation, même si le risque n’est pas présent.

## (2) Précédents

[76] Des cours d’appel ont jugé que le risque de danger constitue un élément essentiel de l’infraction : voir, p. ex., *R. c. Decker*, 2002 NFCA 9, 209 Nfld. & P.E.I.R. 44, par. 25-31, autorisation d’appel refusée, [2002] 4 R.C.S. vii; *R. c. Burbella*, 2002 MBCA 105, 166 Man. R. (2d) 198, par. 22; *R. c. Shuparski*, 2003 SKCA 22, [2003] 6 W.W.R. 428, par. 46-47, autorisation d’appel refusée, [2003] 2 R.C.S. x; *R. c. Mallery*, 2008 NBCA 18, 327 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 130, par. 52-53. Comme je l’ai expliqué précédemment, une telle interprétation n’est pas étayée, à mon sens, par le libellé ou l’objet de la disposition ou encore par les précédents applicables issus de la Cour.

[77] Mon collègue estime que, suivant les décisions rendues par la Cour dans les affaires *Toews* et *Penno*, le risque de danger constitue dorénavant un élément de l’infraction. Je ne suis pas de cet

contrary in *Saunders*, where Fauteux J. ruled, at p. 290, that nothing in this provision “indicate[d] an intent of Parliament to exact, in every case, as being one of the ingredients of the offences, the proof of the presence of some element of actual or potential danger or to accept, as a valid defense, the absence of any” (emphasis added). We ought not to assume that later decisions of the Court intended to depart from this statement absent some clear intention to do so. However, as I see it, no subsequent decision of the Court evidences any disagreement with *Saunders* on this point.

[78] *Saunders* has not been overtaken by subsequent decisions of this Court. Rather, as stated above, this Court has consistently interpreted the object of this provision as preventing the risk of danger that arises when alcohol and motor vehicles are combined. Thus, the provisions on drinking and driving seek to address a social problem which our society has been struggling with for years. As Lamer C.J. noted in *Penno*, at pp. 882-83:

The measure is part of the scheme set up by Parliament to protect the security and property of the public that are put to risk by persons whose ability to drive is impaired but who are, in any event, in care or control of a motor vehicle. . . . The social concern, common to the “drinking and driving” family of offences, is the severe risk to life, security or property of the public that is posed by persons whose ability to drive is impaired, but who are nevertheless in control of a motor vehicle. This concern was recognised by this Court to be of great importance in *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889, *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, and in *Whyte, supra*, at p. 27.

(See also *Whyte*, at pp. 20-21.)

[79] Viewed in this light, I do not agree that the Court’s previous decisions have incorporated a risk of danger, realistic or otherwise, as an essential element of the offence.

[80] In *Ford*, the evidence was that the intoxicated accused had been in and out of his stationary

avis. Le juge Fauteux dans *Saunders* a clairement énoncé la position contraire lorsqu’il a souligné qu’aucun élément de la disposition [TRADUCTION] « ne révèle l’intention du législateur que soit prouvée dans chaque cas, parmi les éléments de l’infraction, l’existence d’un élément de danger réel ou potentiel ou que l’inexistence de ce dernier constitue un moyen de défense valable » (p. 290 (je souligne)). En l’absence d’une volonté clairement exprimée en ce sens, il ne faut pas présumer que la Cour a voulu abandonner cette conclusion dans ses arrêts ultérieurs. Or, selon moi, aucune de ces décisions ne révèle de rupture avec *Saunders* sur ce point.

[78] En effet, la Cour n’a pas écarté *Saunders*. Comme je l’ai expliqué précédemment, elle a plutôt toujours considéré que l’objet de la disposition consistait en la prévention du risque de danger issu de la consommation d’alcool combinée à l’utilisation d’un véhicule à moteur. En effet, les dispositions sur la conduite avec les facultés affaiblies visent à régler un problème social qui perdure. Pour reprendre les propos du juge en chef Lamer aux p. 882-883 de l’arrêt *Penno* :

La mesure fait partie d’un régime établi par le législateur fédéral afin de garantir la sécurité du public et de protéger ses biens que mettent en danger les personnes dont la capacité de conduire est affaiblie, mais qui ont, en tout état de cause, la garde ou le contrôle d’un véhicule à moteur [. . .]. Le problème social lié aux infractions de « conduite en état d’ébriété » est le grave danger pour la vie, la sécurité et les biens des personnes que présentent les conducteurs dont les facultés sont affaiblies et qui ont quand même la garde ou le contrôle d’un véhicule à moteur. Notre Cour a déjà reconnu la grande importance de ce problème dans les arrêts *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, et dans l’arrêt *Whyte*, précité, à la p. 27.

(Voir également *Whyte*, p. 20-21.)

[79] À la lumière de ce qui précède, je ne suis pas d’accord pour dire que la jurisprudence de la Cour a fait du risque de danger — réel ou non — un élément essentiel de l’infraction.

[80] Dans *Ford*, la preuve révélait que l’accusé, à plusieurs reprises au cours d’une même soirée,



vehicle a number of times and had started and turned it off on a number of occasions over the course of the evening. The trial judge found as fact that the accused had agreed that someone else would drive the car when it came time to move it and that he had no intention of driving the vehicle. Nonetheless, the trial judge was found to have erred in law because he found that the accused's absence of any intention to drive was a defence and the case was remitted for trial. Ritchie J. held there was care or control where "an accused performs some act or series of acts involving the use of the car, its fittings or equipment, such as occurred in this case, whereby the vehicle may unintentionally be set in motion creating the danger the section is designed to prevent" (p. 249). There was no expression of any disagreement with *Saunders*. Given the facts of the case and the absence of disagreement with *Saunders*, I would read the decision as simply referring to the purpose of the broad definition of care or control in the provision rather than as reading in a new essential element of the offence.

[81] In *Toews*, McIntyre J. held that acts of care or control were "acts which involve some use of the car or its fittings and equipment, or some course of conduct associated with the vehicle which would involve a risk of putting the vehicle in motion so that it could become dangerous" (p. 126). The accused had been found asleep in a sleeping bag on the front seat of his truck. While the key was in the ignition, the evidence was that the last driver of the vehicle was a friend. The Court concluded that the accused was unconscious and therefore not in *de facto* care or control and, given that there was no evidence that it had been the accused who had put the key in the ignition, it had not been shown that the accused had performed *any* acts of care or control. The case did not turn on the absence of risk and there was no disapproval of the Court's earlier decision in *Saunders*. In my opinion, the Court simply linked the element of care or control to its objective; the Court did not read into the provision a new essential element.

était monté dans son véhicule immobile et en avait démarré et éteint le moteur alors qu'il était en état d'ébriété. Le juge du procès a tiré les conclusions de faits suivantes : l'accusé avait consenti à ce qu'une autre personne conduise le véhicule quand le temps de le déplacer serait venu et il n'avait pas l'intention de conduire. Néanmoins, il a été conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en assimilant l'absence d'intention de conduire à un moyen de défense. La tenue d'un nouveau procès a été ordonnée. Le juge Ritchie était d'avis qu'il y a garde ou contrôle lorsqu'« un accusé accomplit un acte ou une série d'actes ayant trait à l'utilisation du véhicule ou de ses accessoires, qui font que le véhicule peut être mis en marche involontairement, créant le danger que l'article vise à prévenir » (p. 249). Il n'y avait aucune expression de désaccord avec les principes établis dans *Saunders*. Compte tenu de cette absence de désaccord avec *Saunders* et des faits de l'affaire *Ford*, j'estime que ce passage renvoie tout simplement à l'objet de l'infraction de garde ou de contrôle, interprétée largement, et ne l'assortit pas d'un nouvel élément essentiel.

[81] Dans *Toews*, le juge McIntyre a défini la garde ou le contrôle comme des « actes qui comportent une certaine utilisation du véhicule ou de ses accessoires, ou une conduite quelconque à l'égard du véhicule qui comporterait le risque de le mettre en mouvement de sorte qu'il puisse devenir dangereux » (p. 126). Dans cette affaire, l'accusé avait été trouvé endormi dans un sac de couchage sur le siège avant de son camion. Même si la clé était dans le contact, la preuve révélait qu'un ami de l'accusé avait été le dernier à conduire le véhicule. La Cour a conclu que, comme l'accusé était inconscient, il n'assurait pas, dans les faits, la garde ou le contrôle du véhicule et que, faute de preuve démontrant qu'il avait mis lui-même la clé dans le contact, *aucun* acte de garde ou de contrôle n'avait été établi. L'affaire n'intéressait pas l'absence de risque et la Cour n'y émet aucune critique de *Saunders*. À mon avis, la Cour a tout simplement établi un lien entre l'infraction de garde ou de contrôle et son objectif; elle n'assortit pas la disposition d'un nouvel élément essentiel.

[82] In *Penno*, the issue was whether the accused could raise the defence of intoxication to the care or control offence. On the issue of what constitutes care or control, Lamer C.J., writing for himself, noted that *Toews* “stands for the proposition that when a person uses a vehicle in a way that involves no risk of putting it in motion so that it could become dangerous, the courts should find that the *actus reus* was not present” (p. 877 (emphasis added)). Importantly, however, Lamer C.J. added that the Court in *Toews* “did not base its decision on the absence of *mens rea* that would derive from the accused’s intent to use the vehicle for another purpose than to use it as a motor vehicle, that is to use it as a bedroom” (p. 877 (emphasis added)). Rather Mr. Toews’ acquittal was based on the fact that there was *no evidence that he had performed any acts of care or control* and therefore had not performed the *actus reus* (p. 877).

[83] I conclude that the authorities of this Court do not support incorporating risk as an essential element of the offence.

### (3) Charter Considerations

[84] There is a final interpretative consideration which I find to be important. Some of the appellate courts which have favoured reading in risk as an essential element have done so to avoid what they perceive to be the over-inclusiveness that may result from giving the expression “care or control” its ordinary meaning in this provision. For example, in *Mallery*, at para. 47, the court relied on *Charter* considerations in adopting danger as an element of the offence. My colleague Fish J. cites Robertson J.A., at para. 4 of that case, to the effect that incorporating the concept of risk of danger serves to balance the rights of an accused with the objectives of the legislation. My colleague also notes that interpreting the provision to mean that the risk of danger is merely theoretically possible as opposed to realistic would be “to adopt too low a threshold since it would criminalize unnecessarily a broad range of benign and

[82] Dans *Penno*, la question en litige portait sur le fait de savoir si l’accusé pouvait opposer l’intoxication à une accusation de garde ou de contrôle. Le juge en chef Lamer, s’exprimant en son propre nom, a indiqué au sujet de ce qu’il faut entendre par garde ou contrôle que l’arrêt *Toews* « consacre la règle que, lorsque l’utilisation du véhicule à moteur ne comporte aucun risque de le mettre en marche et de le rendre dangereux, les cours de justice devraient conclure qu’il y a absence d’*actus reus* » (p. 877 (je souligne)). Or, fait important, le juge en chef Lamer a précisé que la Cour dans l’arrêt *Toews* « n’a pas fondé sa décision sur l’absence de *mens rea* qui aurait découlé du dessein d’utiliser le véhicule autrement qu’à titre de véhicule à moteur, c’est-à-dire de l’utiliser comme endroit pour dormir » (p. 877 (je souligne)). M. Toews a plutôt été acquitté au motif *qu’il n’avait pas été démontré qu’il avait accompli des actes de garde ou de contrôle* et n’avait donc pas accompli l’*actus reus* (p. 877).

[83] J’en conclus que les précédents établis par la Cour ne permettent pas d’affirmer que le risque constitue un élément essentiel de l’infraction.

### (3) Considérations relatives à la Charte

[84] Une dernière considération d’interprétation me semble importante. Certaines des cours d’appel qui ont favorisé l’interprétation voulant que le risque soit un élément essentiel de l’infraction l’ont fait pour éviter que l’expression « la garde ou le contrôle », interprétée dans son sens ordinaire, ne ratisse trop large. Par exemple, dans *Mallery*, par. 47, la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick s’est fondée sur la *Charte* pour assortir l’infraction d’un élément de danger. Mon collègue, le juge Fish, cite un extrait du par. 4 des motifs du juge Robertson dans cette affaire à l’appui de sa conclusion selon laquelle le fait d’assortir l’infraction d’un risque de danger permet d’établir un équilibre entre les droits de l’accusé et les objectifs visés par la loi. Toujours selon mon collègue, une interprétation de la disposition qui exigerait un risque de danger possible en théorie, plutôt qu’un risque réaliste, reviendrait à adopter « un critère trop peu rigoureux, [et]

inconsequential conduct” (para. 35). Respectfully, however, this approach to interpretation is wrong in law.

[85] It is well established that absent ambiguity in the statutory text, the courts should not apply an interpretative presumption of *Charter* compliance: see, e.g., *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 62. Applying such a presumption pre-empts judicial review and the possibility of resort to the justification of limiting provisions under s. 1 of the *Charter*. The appropriate context in which to assess whether Parliament has appropriately balanced the rights of the accused is in a *Charter* challenge to the legislation, not in the course of interpreting an unambiguous statutory text.

[86] In this case, Parliament chose to use the words “care or control” which are everyday words with a well-settled meaning. No one has suggested that they are in any way ambiguous. Moreover, as discussed earlier, the broad meaning of care or control is consistent with Parliament’s preventive purpose: the net of criminality has been cast widely in order to avoid the inherent risk of the interaction of alcohol and automobiles. My colleague, however, would interpret the expression “care or control” in order to narrow it, so that it means that the circumstances must give rise to a realistic risk of danger to persons or property. Having read in this new essential element to narrow the ordinary meaning of the words “care or control”, my colleague would then create a new evidentiary rule. As my colleague expresses it at para. 13, “Absent evidence to the contrary, a present ability to drive while impaired, or with an excessive blood alcohol ratio, creates an inherent risk of danger.” Or, as expressed at para. 46, “[a]nyone who is intoxicated and in a position to immediately set the vehicle in motion faces conviction on those facts alone.” It is unclear what sort of burden the accused bears under this approach. At para. 13, it appears that the accused simply bears a tactical burden of adducing evidence tending to prove that the inherent risk is not a realistic risk in the particular circumstance. However, one

emporterait la criminalisation injustifiée d’une foule de comportements bénins » (par. 35). Sauf le respect que je dois à mon collègue, sa démarche interprétative est erronée en droit.

[85] Il est bien établi que, si le texte législatif en cause est dépourvu d’ambiguïté, les tribunaux ne doivent pas appliquer le principe d’interprétation que constitue la présomption de conformité à la *Charte* : voir, p. ex., *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 62. Appliquer cette présomption a pour effet d’empêcher le contrôle judiciaire et l’analyse des dispositions restrictives au regard de l’article premier de la *Charte*. Or, c’est par une contestation fondée sur la *Charte* qu’il convient de déterminer si le législateur a établi un juste équilibre eu égard aux droits de l’accusé, non pas par l’interprétation d’un texte législatif non ambigu.

[86] En l’espèce, le législateur a choisi d’employer les mots « la garde ou le contrôle », des mots courants dont la définition est bien établie. Personne n’a fait valoir qu’ils étaient ambigus. De surcroît, je le répète, une définition large de l’expression est conforme à l’objectif de prévention poursuivi par le législateur, à savoir ratisser large pour prévenir le risque inhérent à la consommation d’alcool combinée à l’utilisation d’une automobile. Or, l’interprétation donnée à l’expression par mon collègue a pour effet d’en réduire la portée de manière à exiger que les circonstances présentent un risque réaliste de danger pour autrui ou pour un bien. Ayant assorti l’infraction de ce nouvel élément essentiel restreignant le sens ordinaire de l’expression, mon collègue créerait en outre une nouvelle règle de preuve. En effet, comme il l’exprime au para. 13, « [e]n l’absence de toute preuve contraire, la capacité actuelle de conduire en état d’ébriété, ou avec une alcoolémie supérieure à la limite fixée par la loi, présente un risque intrinsèque de danger. » Ou, comme il l’énonce dans un passage du par. 46, « quiconque est intoxiqué et en position de mettre immédiatement un véhicule en mouvement est passible d’être déclaré coupable sur la base de ces seuls faits. » Si on applique cette approche, on ne sait trop quel type de fardeau repose sur l’accusé. Au paragraphe 13, il semble que l’accusé ne doive

gets a different impression from para. 41. There, it is proposed that “an intention to set the vehicle in motion suffices in itself to create the risk of danger contemplated by the offence of care or control. On the other hand, an accused who satisfies the court that he or she had no intention to set the vehicle in motion will not necessarily escape conviction” (underlining added; italics deleted). I understand this to mean that once the Crown has proved an intention to drive, the accused must disprove it but even then will not necessarily escape conviction. Thus, the intention to drive, which under our consistent jurisprudence is not an essential element of the offence, becomes a fact that if established by the Crown, requires conviction unless the accused establishes the contrary — and even then, he or she may not be acquitted. In my respectful view, this is not a result that can be reached through statutory interpretation.

[87] I would emphasize that to give the expression “care or control” its normal meaning does not result in an offence of strict liability. There can be no care or control where, as for example in *Toews*, there are no acts of care or control by the accused. The issue of whether an accused, whose only acts in relation to the vehicle occurred while it was inoperable, can be said to be in care or control has not been resolved by this Court; *Saunders* simply held that an inoperable motor vehicle was nonetheless a motor vehicle within the definition then contained in the *Criminal Code*. In this case the vehicle was operable and I would leave the issue of care or control in the case of an inoperable vehicle to another day when the point is both pertinent and fully argued.

[88] I conclude that the trial judge erred in law by holding that the risk of danger was an essential element of the offence.

s’acquitter que du fardeau, sur le plan tactique, de produire des éléments de preuve tendant à prouver que le risque inhérent n’est pas réaliste dans les circonstances particulières de l’affaire. Or, le par. 41 donne une autre impression. En effet, il y est proposé que « l’intention de mettre le véhicule en mouvement suffit à elle seule à créer le risque de danger que vise l’infraction de garde ou de contrôle. Par contre, l’accusé qui convainc le tribunal qu’il n’avait pas pareille intention ne sera pas forcément acquitté » (je souligne; italiques omis). Selon moi, cela signifie qu’à partir du moment où le ministère public a prouvé l’intention de conduire, l’accusé doit réfuter cette assertion sans pour autant échapper nécessairement à une déclaration de culpabilité. Ainsi, l’intention de conduire, qui selon notre jurisprudence constante n’est pas un élément essentiel de l’infraction, devient un fait qui, une fois établi par le ministère public, exige une déclaration de culpabilité à moins que l’accusé(e) n’établisse le contraire — et, même là, il ou elle pourrait ne pas être acquitté(e). À mon humble avis, un tel résultat ne saurait procéder de l’interprétation législative.

[87] Je tiens à souligner que le fait de donner son sens ordinaire à l’expression « la garde ou le contrôle » n’en fait pas une infraction de responsabilité stricte. Il ne peut y avoir garde ou contrôle sans que l’accusé pose d’acte à cet effet, comme l’illustre l’affaire *Toews*. Par ailleurs, la Cour ne s’est jamais prononcée sur la question de savoir si la personne qui accomplit des actes à l’égard d’un véhicule hors d’état de marche en a la garde ou le contrôle; *Saunders* a simplement confirmé le principe selon lequel un véhicule à moteur hors d’état constitue tout de même un véhicule à moteur, suivant la définition du *Code criminel* de l’époque. En l’espèce, le véhicule était opérationnel; j’estime donc qu’il est préférable que la question de la garde ou du contrôle d’un véhicule hors d’état reste en suspens jusqu’à ce qu’elle soit soulevée devant nous et débattue à fond.

[88] À mon avis, le juge du procès a commis une erreur de droit en décidant que le risque de danger constitue un élément essentiel de l’infraction.

B. *Did the Trial Judge Err in Finding That There Was no Risk Here?*

[89] Even if, contrary to my view, risk is an essential element of the offence, I would uphold the Court of Appeal's decision to reverse the acquittals entered by the trial judge. The trial judge erred in law in holding that there was no risk of putting the vehicle in motion since the accused did not have the intention to do so. Although the trial judge correctly noted at para. 38 of his reasons that the absence of intention to put the vehicle in motion did not constitute a defence for the accused, he in effect made it so. He held that there was no risk *because* the accused did not intend to drive:

[TRANSLATION] At no time would the accused have left with his vehicle, as he had no intention whatsoever of driving it. In the Court's opinion, since the accused had taken every necessary precaution and had his wits about him when he got into his pickup and since, what is more, it was the taxi driver he had called who reported him, there was no risk that he would use the vehicle.

In these circumstances, the *actus reus* has not been made out, since there was no risk. [Emphasis added; paras. 39-40.]

[90] On this point, I adopt as my own the following comments of the Court of Appeal:

[TRANSLATION] Since proof of an intention to drive is not an essential element of the offence of having the care or control of a motor vehicle, the trial judge erred in finding that there was no risk of the respondent's setting his vehicle in motion on the basis that he had no intention to drive. [para. 7]

[91] Having found this legal error, the Court of Appeal was correct to set aside the acquittals and enter convictions. When applying the correct legal test, care or control was amply proved here. When the police found the appellant, he was sleeping behind the driver's seat, the keys in the ignition, the engine running. The evidence was that he was the one who turned on the engine of the vehicle.

B. *Le juge du procès a-t-il fait erreur en concluant à l'absence de risque en l'espèce?*

[89] Quand bien même le risque serait un élément essentiel de l'infraction, ce qui n'est pas le cas à mon avis, je serais d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel d'infirmar les verdicts d'acquiescement prononcés par le juge du procès. Ce dernier a commis une erreur de droit en fondant sur l'absence d'intention de mettre le véhicule en mouvement de la part de l'accusé sa conclusion quant à l'inexistence du risque. Même si le juge du procès a correctement précisé, au par. 38 de ses motifs, que l'absence d'intention de mettre le véhicule en mouvement ne constitue pas un moyen de défense, il l'a traitée ainsi dans les faits : à son avis, il n'y avait aucun risque *parce que* l'accusé n'avait pas l'intention de conduire :

En aucun moment, l'accusé ne serait reparti avec son véhicule parce qu'il n'avait aucunement l'intention de le conduire. Le Tribunal est d'opinion que, comme l'accusé avait pris toutes les précautions nécessaires et qu'il avait toute sa tête lorsqu'il s'est rendu à sa voiture et que de surcroît, c'est le chauffeur de taxi qu'il avait appelé qui l'a dénoncé, il n'y avait aucun risque qu'il utilise ce véhicule.

Dans les faits, l'*actus reus* n'a pas été prouvé puisqu'il n'y avait aucun risque. [Je souligne; par. 39-40.]

[90] À cet égard, je fais miens les propos de la Cour d'appel :

La preuve de l'intention de conduire n'étant pas un élément essentiel de l'infraction d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, le juge de première instance a donc commis une erreur en concluant qu'il n'y avait aucun risque que l'intimé mette son automobile en marche parce qu'il n'avait pas l'intention de conduire. [par. 7]

[91] Ayant conclu à une erreur de droit, la Cour d'appel pouvait à bon droit annuler les acquiescements et y substituer des déclarations de culpabilité. Lorsqu'on applique le bon critère juridique, la garde ou le contrôle était amplement démontré en l'espèce. Lorsque la police a trouvé l'appelant, il dormait à la place du conducteur, la clé se trouvait dans le contact et le moteur tournait. La preuve a

By his presence in the driver's seat of a running vehicle that he had started, he had the ability to operate the vehicle, and had its superintendence or management. By placing himself behind the wheel of the truck and by starting the engine, he clearly committed acts of care or control in relation to the vehicle. On being awakened by the police behind the wheel of his vehicle with its engine running, he asked that he be left alone *so that he could drive home*. There is no dispute that his blood alcohol ratio was over the legal limit at the time. The evidence was that the first test undertaken by the police officers revealed a blood alcohol content of 250 mg per 100 mL of blood and the second test revealed a blood alcohol content of 242 mg per 100 mL of blood.

### III. Disposition

[92] I would dismiss the appeal, uphold the Court of Appeal's decision to enter convictions and remit the matter to the trial judge for sentencing.

*Appeal allowed, CROMWELL J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Fradette, Gagnon, Têtu, Le Bel, Girard, Chicoutimi.*

*Solicitor for the respondent: Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Chicoutimi.*

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

révélé qu'il avait lui-même démarré le moteur. De par sa présence à la place du conducteur, dans un véhicule qu'il avait lui-même démarré, il pouvait mettre le véhicule en mouvement et en assumait la charge ou la supervision. En se plaçant derrière le volant et en démarrant le moteur, il a manifestement accompli des actes de garde ou de contrôle à l'égard de ce véhicule. Lorsqu'il a été réveillé par les policiers alors qu'il était assis à la place du conducteur de sa camionnette dont le moteur était en marche, il a demandé à être laissé seul *afin qu'il puisse conduire pour rentrer chez lui*. Le fait que son alcoolémie était supérieure à la limite légale à ce moment-là n'est pas contesté. Selon la preuve, le résultat de la première analyse effectuée par les policiers a révélé la présence de 250 mg d'alcool par 100 ml de sang, et celui de la seconde, de 242 mg d'alcool par 100 ml de sang.

### III. Dispositif

[92] Je suis d'avis de rejeter l'appel, de confirmer la décision de la Cour d'appel d'inscrire des déclarations de culpabilité et de renvoyer l'affaire au juge du procès pour qu'il détermine la peine.

*Pourvoi accueilli, le juge CROMWELL est dissident.*

*Procureurs de l'appelant : Fradette, Gagnon, Têtu, Le Bel, Girard, Chicoutimi.*

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

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

**Her Majesty The Queen and Attorney  
General of Quebec** *Appellants*

v.

**Anic St-Onge Lamoureux** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney  
General of Ontario, Attorney General  
of Manitoba, Attorney General of  
British Columbia, Attorney General of  
Alberta, Barreau du Québec, Association  
québécoise des avocats et avocates de la  
défense, Criminal Lawyers' Association  
of Ontario and Criminal Trial Lawyers'  
Association** *Intervenors*

**INDEXED AS: R. v. ST-ONGE LAMOUREUX**

**2012 SCC 57**

File No.: 33970.

2011: October 13; 2012: November 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUÉBEC

*Constitutional law — Charter of Rights — Presump-  
tion of innocence — Statutory amendments affecting  
evidence that can be adduced to rebut presumption of  
accuracy and presumptions of identity in context of pros-  
ecution for driving with blood alcohol level over legal  
limit — Exclusion of possibility that “Carter” defence  
would suffice on its own to cast doubt on breathalyzer  
test results — Whether new provisions of Criminal Code  
infringe right to be presumed innocent — If so, whether  
infringement justified — Criminal Code, R.S.C. 1985, c.  
C-46, s. 258(1)(c), (d.01), (d.1) — Tackling Violent Crime  
Act, S.C. 2008, c. 6 — Canadian Charter of Rights and  
Freedoms, ss. 1, 11(d).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fun-  
damental justice — Right to make full answer and de-  
fence — Statutory amendments affecting evidence that*

**Sa Majesté la Reine et procureur général du  
Québec** *Appellants*

c.

**Anic St-Onge Lamoureux** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général de l’Ontario, procureur  
général du Manitoba, procureur général de  
la Colombie-Britannique, procureur général  
de l’Alberta, Barreau du Québec, Association  
québécoise des avocats et avocates de la  
défense, Criminal Lawyers’ Association  
of Ontario et Criminal Trial Lawyers’  
Association** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. ST-ONGE LAMOUREUX**

**2012 CSC 57**

N° du greffe : 33970.

2011 : 13 octobre; 2012 : 2 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Pré-  
sompction d’innocence — Modifications législatives af-  
fectant les moyens de preuve pouvant être utilisés pour  
réfuter la présompction d’exactitude et les présompctions  
d’identité en matière de poursuites pour conduite avec  
une alcoolémie supérieure à la limite légale — Défense  
de « type Carter » exclue comme moyen de preuve per-  
mettant à lui seul de mettre en doute les résultats d’ana-  
lyses de l’alcoolémie — Les nouvelles dispositions du  
Code criminel portent-elles atteinte à la présompction  
d’innocence? — Dans l’affirmative, cette atteinte est-  
elle justifiée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46,  
art. 258(1)c, d.01, d.1) — Loi sur la lutte contre les cri-  
mes violents, L.C. 2008, ch. 6 — Charte canadienne des  
droits et libertés, art. 1, 11d).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice  
fondamentale — Droit à une défense pleine et entière —  
Modifications législatives affectant les moyens de preuve*

*can be adduced to rebut presumption of accuracy and presumptions of identity in context of prosecution for driving with blood alcohol level over legal limit — Exclusion of possibility that “Carter” defence would suffice on its own to cast doubt on breathalyzer test results — Whether new provisions of Criminal Code infringe right to make full answer and defence — If so, whether infringement justified — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (d.01), (d.1) — Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Statutory amendments affecting evidence that can be adduced to rebut presumption of accuracy and presumptions of identity in context of prosecution for driving with blood alcohol level over legal limit — Exclusion of possibility that “Carter” defence would suffice on its own to cast doubt on breathalyzer test results — Whether new provisions of Criminal Code infringe protection against self-incrimination — If so, whether infringement justified — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (d.01), (d.1) — Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(c).*

L was charged with operating a vehicle with a blood alcohol level over the legal limit. At trial, she argued that the new provisions of the *Criminal Code* with respect to breathalyzer test results are unconstitutional. The trial judge found that the statutory amendments did not bar L from presenting a *Carter* defence to rebut the presumption of accuracy. In light of the evidence, he concluded that L's testimony about her alcohol consumption was not sufficiently serious or probative to raise a reasonable doubt. Finding that the qualified technician's explanations were sufficient and that the presumptions established in s. 258(1)(c) and (d.1) of the *Criminal Code* applied, he convicted L. The trial judge upheld in part the constitutionality of the new *Criminal Code* provisions.

*Held* (Rothstein and Cromwell JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part. Sections 258(1)(c), 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1) of the *Criminal Code* do not infringe s. 7 and s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but do infringe s. 11(d). Sections 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1), and s. 258(1)(c)

*pouvant être utilisés pour réfuter la présomption d'exactitude et les présomptions d'identité en matière de poursuites pour conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale — Défense de « type Carter » exclue comme moyen de preuve permettant à lui seul de mettre en doute les résultats d'analyses de l'alcoolémie — Les nouvelles dispositions du Code criminel portent-elles atteinte au droit à une défense pleine et entière? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)(c), d.01), d.1) — Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Modifications législatives affectant les moyens de preuve pouvant être utilisés pour réfuter la présomption d'exactitude et les présomptions d'identité en matière de poursuites pour conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale — Défense de « type Carter » exclue comme moyen de preuve permettant à lui seul de mettre en doute les résultats d'analyses de l'alcoolémie — Les nouvelles dispositions du Code criminel portent-elles atteinte à la protection contre l'auto-incrimination? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)(c), d.01), d.1) — Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11(c).*

L est accusée d'avoir conduit un véhicule avec une alcoolémie supérieure à la limite légale. Lors de son procès, elle a plaidé l'inconstitutionnalité des nouvelles dispositions du *Code criminel* relatives aux résultats des analyses faites au moyen des alcootests. Le juge de première instance a conclu que les modifications législatives n'avaient pas pour effet d'empêcher L de présenter une défense de type *Carter* pour repousser la présomption d'exactitude. À la lumière de la preuve, le juge a conclu que le témoignage de L concernant sa consommation d'alcool ne possédait pas un caractère sérieux et probant susceptible de soulever un doute raisonnable. Estimant que les explications du technicien qualifié étaient suffisantes et que les présomptions prévues aux al. 258(1)(c) et d.1) du *Code criminel* étaient applicables, il a déclaré L coupable. Le juge a confirmé en partie la constitutionnalité des nouvelles dispositions du *Code criminel*.

*Arrêt* (les juges Rothstein et Cromwell sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. Les alinéas 258(1)(c), d.01) et d.1) du *Code criminel* ne portent pas atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11(c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais portent atteinte à l'al. 11(d). Les alinéas 258(1)(d.01) et d.1), ainsi que l'al.



after severance of the second and third requirements for rebutting the presumptions, are justified under s. 1 of the *Charter*.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.: A statutory presumption violates the right to be presumed innocent if its effect is that an accused person can be convicted even though the trier of fact has a reasonable doubt. The expert evidence filed in this case reveals that the possibility of an instrument malfunctioning or being used improperly when breath samples are taken is not merely speculative, but is very real. The Alcohol Test Committee of the Canadian Society of Forensic Science has made a series of recommendations concerning the procedures to be followed by the professionals who operate the instruments and verify that they are properly maintained. These recommendations shed light on the circumstances that might explain how an instrument malfunctioned or was used improperly. However, Parliament did not adopt the Committee's recommendations, and the prosecution referred to no alternative mechanisms that would enable a court to find that the instruments are generally maintained and operated properly or that the rate of failure attributable to improper maintenance or operation is insignificant. The trier of fact could therefore entertain a reasonable doubt about the validity of the test results, since he or she will not have shown why they can be relied on in the case of the accused who is on trial. But a judge who entertains such a doubt will nevertheless remain bound by the presumptions of accuracy and identity of s. 258(1)(c) of the *Criminal Code* and will be required to convict the accused unless the accused rebuts those presumptions in accordance with the requirements of that provision. In view of the mechanism for applying the statutory presumptions established in s. 258(1)(c), s. 258(1)(c) and (d.01) infringe s. 11(d) of the *Charter*.

Whether a statutory presumption can be justified under s. 1 of the *Charter* depends on several factors, including the importance of the legislative objective, how difficult it would be for the prosecution to prove the substituted fact beyond a reasonable doubt, whether it is possible, and how easy it is, for the accused to rebut the presumption, and, as can be seen from this case, scientific advances. The objective of the amendments — to give breathalyzer test results a weight consistent with their scientific value — is pressing and substantial. Section 258(1)(c) of the *Criminal Code* contains three separate and cumulative new requirements that the

258(1)(c) amputé des deuxième et troisième exigences requises pour réfuter les présomptions, sont justifiés au sens de l'article premier de la *Charte*.

*La* juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish et Abella : Une présomption légale porte atteinte à la présomption d'innocence si elle fait en sorte qu'une personne accusée peut être déclarée coupable alors qu'il subsiste un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits. La preuve d'expertise produite dans la présente instance révèle que la possibilité de mauvais fonctionnement ou de mauvaise utilisation de l'appareil lors de la prise d'échantillons d'haleine n'est pas fondée sur de simples conjectures, mais est bien réelle. Le Comité des analyses d'alcool constitué sous l'égide de la Société canadienne des sciences judiciaires a formulé un ensemble de recommandations relatives aux procédures que doivent suivre les professionnels qui opèrent les appareils et vérifient leur bon entretien. Ces recommandations font bien ressortir les circonstances qui pourraient expliquer un mauvais fonctionnement ou une utilisation incorrecte de l'appareil. Le Parlement n'a cependant pas adopté les recommandations du Comité et la poursuite n'a pas fait état de mécanismes de rechange permettant à un tribunal de conclure que les appareils ont généralement été bien entretenus et utilisés ou que le taux de défaillance attribuable à un mauvais entretien ou à une utilisation incorrecte est négligeable. Le juge des faits pourrait donc entretenir un doute raisonnable quant à la validité des résultats d'analyses, car on ne lui aura pas démontré pourquoi il peut s'y fier dans le cas de la personne accusée qui subit son procès devant lui. Le juge qui entretient un tel doute demeure néanmoins tenu par les présomptions d'exactitude et d'identité de l'al. 258(1)(c) du *Code criminel* et devra prononcer une déclaration de culpabilité, à moins que la personne accusée ne repousse ces présomptions conformément aux exigences de cette disposition. Compte tenu du mécanisme d'application des présomptions légales prévues à l'al. 258(1)(c), les al. 258(1)(c) et d.01 portent atteinte à l'al. 11(d) de la *Charte*.

La justification d'une présomption légale au regard de l'article premier de la *Charte* dépend de plusieurs facteurs, notamment des suivants : l'importance de l'objectif législatif, la difficulté pour la poursuite de prouver hors de tout doute raisonnable le fait substitué, la possibilité pour la personne accusée de repousser la présomption et la facilité avec laquelle elle peut le faire et, comme le révèle le présent cas, les progrès scientifiques. L'objectif des modifications — à savoir conférer aux résultats des alcootests un poids compatible avec leur valeur scientifique — est urgent et réel. L'alinéa 258(1)(c) du *Code criminel* comporte trois nouvelles

accused must satisfy to rebut the presumptions of accuracy and identity. These requirements must be considered separately for the remainder of the justification analysis.

First, the accused must raise a doubt that the instrument was functioning and was operated properly. This requirement is rationally connected with Parliament's objective. According to the scientific evidence on which Parliament relied, if the instrument functions properly and all the relevant procedures are followed, the results should be reliable. In addition, the measure violates the right to be presumed innocent as little as reasonably possible. The reliability of breathalyzer tests has been recognized by the scientific and legal communities. Moreover, the new provisions do not make it impossible to disprove the test results, but require that evidence tending to cast doubt on the reliability of the results relate directly to possible deficiencies in the maintenance of the instruments or in the test process. Finally, the effects of this limit on the right to be presumed innocent are proportional to Parliament's objective. The objective of the first requirement of s. 258(1)(c), as clarified by s. 258(1)(d.01), is to confirm the scientific value and ensure the primacy of breathalyzer test results. This statutory amendment was a response to the serious disconnect that existed in the fact that the *Carter* defence had a high success rate despite the recognized scientific reliability of the results. Furthermore, the scheme adopted for breathalyzer tests includes certain guarantees that place limits on police action and protect the presumption of innocence.

Second, s. 258(1)(c) requires evidence tending to show that the malfunction or improper operation of the instrument resulted in a reading according to which the blood alcohol level of the accused exceeded .08. This requirement constitutes a serious infringement of the right to be presumed innocent that cannot be justified in a democratic society. The requirement that the accused raise a doubt that his or her blood alcohol level in fact exceeded .08 constitutes an excessive burden in the context of a statutory scheme under which the evidence must relate directly to the functioning or operation of the instrument.

The third requirement of s. 258(1)(c) cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. There is no rational connection between the objective of the new legislative measures and the requirement of adducing evidence to raise a doubt that the blood alcohol level of the accused in fact exceeded .08. This requirement is in addition

exigences distinctes et cumulatives auxquelles la personne accusée doit satisfaire pour réfuter les présomptions d'exactitude et d'identité. Celles-ci requièrent donc un examen séparé pour la suite de l'analyse de la justification.

Premièrement, la personne accusée doit soulever un doute sur le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'alcootest. Cette exigence présente un lien rationnel avec l'objectif visé par le législateur. La preuve scientifique sur laquelle se base ce dernier indique que, si l'appareil fonctionne correctement et si toutes les procédures sont suivies, les résultats devraient être fiables. Aussi, la mesure porte aussi peu atteinte qu'il est raisonnablement possible de le faire à la présomption d'innocence. La fiabilité des alcootests a été reconnue par les communautés scientifique et juridique. Par ailleurs, les nouvelles dispositions n'ont pas pour effet de rendre irréfutables les résultats des analyses, mais exigent que la preuve tendant à remettre en question la fiabilité des résultats porte directement sur les défaillances qui peuvent survenir dans l'entretien des appareils ou le processus d'analyse. Enfin, les effets de cette limite sur la présomption d'innocence sont proportionnels à l'objectif du législateur. La première exigence de l'al. 258(1)(c), telle que précisée par l'al. 258(1)(d.01), a pour objectif de faire reconnaître la valeur scientifique des résultats d'analyses fournis par les alcootests et d'énoncer leur primauté. Cette modification législative répond au grave problème de discordance découlant du taux de succès élevé de la défense de type *Carter* malgré la fiabilité scientifique reconnue des résultats. De plus, le régime des alcootests comporte certaines garanties qui freinent l'intervention policière et protègent la présomption d'innocence.

Deuxièmement, l'al. 258(1)(c) requiert une preuve tendant à démontrer que le problème de fonctionnement ou d'utilisation de l'appareil a causé une lecture d'alcoolémie supérieure à 0,08. Cette exigence constitue une atteinte sérieuse à la présomption d'innocence et ne peut être justifiée dans une société démocratique. L'obligation de soulever un doute sur le fait que l'alcoolémie excède 0,08 constitue un fardeau excessif lorsqu'elle s'insère dans un régime législatif qui exige une preuve ciblant directement le fonctionnement ou l'utilisation de l'appareil.

La troisième exigence de l'al. 258(1)(c) ne peut être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Il n'y a pas de lien rationnel entre l'objectif des nouvelles mesures législatives et l'obligation de présenter une preuve qui soulève un doute sur le fait que le taux d'alcoolémie dépasse 0,08. Cette exigence s'ajoute à celle

to the requirement of showing that the instrument malfunctioned or was operated improperly. If the accused has already identified a defect that could cast doubt on the reliability of the results, it is difficult to justify requiring the court to nevertheless accept that the results have probative value if the accused has produced no evidence regarding his or her blood alcohol level.

It was open to Parliament to exclude, in s. 258(1)(d.01), the production of evidence of the alcohol consumption of the accused that tends to show that the instrument was malfunctioning or was operated improperly, and to provide that such evidence is legally insufficient to cast doubt on the reliability of the test results. This exclusion does not infringe the rights protected by s. 7, nor does it render the rebuttal of the presumptions established in s. 258(1)(c) illusory.

Section 258(1)(d.1) of the *Criminal Code* establishes a second presumption of identity according to which a blood alcohol level over .08 at the time of the analysis is presumed to be the same as the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence. Since s. 258(1)(d.1) exempts the prosecution from having to establish the guilt of the accused beyond a reasonable doubt before the accused must respond, it infringes the right to be presumed innocent. To rebut this second presumption of identity, evidence to the contrary adduced by the accused must tend to show two facts: (1) the consumption of alcohol of the accused was consistent with a blood alcohol level that did not exceed .08 at the time when the offence was alleged to have been committed; and (2) the consumption of alcohol of the accused was consistent with the test results. The objective of these requirements is pressing and substantial. A rational connection can easily be established between each of these requirements and the requirement's legislative objective. They also satisfy the minimal impairment test. Section 258(1)(d.1) strikes a fair balance between collective rights and individual rights, and is part of a broader legislative scheme designed to confirm the primacy of breathalyzer test results. It is a justified infringement of the right to be presumed innocent.

The presumption of identity established in s. 258(1)(d.1) is based on the usual behaviour of drivers, who do not generally drink a sufficient quantity of alcohol to alter the results either just before or just after being pulled over by the police. It is in fact the exceptional behaviour of the accused, not the statutory presumption in the prosecution's favour under s. 258(1)(d.1), that makes it necessary for the accused to testify. The choice by the accused to testify in this regard flows from a decision that must be made whenever the Crown's evidence is sufficient to support a conviction. Thus, the

requérant la démonstration que l'appareil a mal fonctionné ou a été mal utilisé. Or, si la personne accusée a déjà soulevé un vice de nature à mettre en doute la fiabilité des résultats, il est difficile de justifier qu'un tribunal soit tout de même tenu d'en reconnaître la valeur probante si la personne accusée ne présente aucune preuve de son alcoolémie.

Le Parlement pouvait exclure, à l'al. 258(1)(d.01), la présentation d'une preuve relative à la consommation d'alcool de la personne accusée tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest et déclarer une telle preuve insuffisante en droit pour mettre en doute la fiabilité des résultats d'analyses. Une telle exclusion ne porte pas atteinte aux droits garantis à l'art. 7 de la *Charte* ni ne rend illusoire la réfutation des présomptions de l'al. 258(1)(c).

L'alinéa 258(1)(d.1) du *Code criminel* établit pour sa part une deuxième présomption d'identité, suivant laquelle un taux d'alcoolémie supérieur à 0,08 au moment de l'analyse est présumé correspondre à celui qui existait au moment de l'infraction reprochée. Comme l'al. 258(1)(d.1) dispense la poursuite d'avoir à établir la culpabilité de la personne accusée hors de tout doute raisonnable avant que celle-ci n'ait à répondre, il porte atteinte à la présomption d'innocence. Pour contrer cette deuxième présomption d'identité, la preuve contraire présentée par la personne accusée doit tendre à démontrer deux faits : (1) la consommation d'alcool était compatible avec une alcoolémie ne dépassant pas 0,08 au moment où l'infraction aurait été commise; (2) la consommation d'alcool était compatible avec les résultats des analyses. L'objectif de ces exigences est urgent et réel. Le lien rationnel entre chacune des deux exigences et leur objectif législatif respectif peut facilement être établi. Elles satisfont aussi au critère de l'atteinte minimale. L'alinéa 258(1)(d.1) établit un juste équilibre entre les droits collectifs et les droits individuels, et il s'insère dans un régime législatif plus vaste tendant à faire reconnaître la primauté des résultats des alcootests. Il constitue une atteinte justifiée à la présomption d'innocence.

La présomption d'identité de l'al. 258(1)(d.1) est fondée sur le comportement habituel des conducteurs; ceux-ci ne boivent généralement pas une quantité d'alcool suffisante pour influencer les résultats juste avant ou juste après l'interpellation. C'est véritablement le caractère exceptionnel du comportement de la personne accusée, plutôt que la présomption légale dont bénéficie la poursuite en vertu de l'al. 258(1)(d.1), qui fait en sorte que celle-ci doive témoigner. Le choix de cette personne de témoigner à cet égard découle d'une décision qui survient chaque fois que la preuve du ministère public est

protection against self-incrimination guaranteed by s. 11(c) of the *Charter* is not infringed.

In this case, the trial judge erred in holding that L could rebut the presumption of accuracy of s. 258(1)(c) of the *Criminal Code* by presenting a *Carter* defence, but that error did not affect his conclusion, since, when all is said and done, he did not believe L. L's conviction is therefore upheld.

*Per* Rothstein and Cromwell JJ. (dissenting in part): The appeal should be allowed and the constitutional questions should be answered in the negative.

Sections 258(1)(c), 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1) of the *Criminal Code* are based on three quite straightforward ideas. These ideas are that if all of the statutory requirements for taking and analyzing breath samples are observed: (1) the breathalyzer results are reliable in the absence of some basis in the evidence to doubt them; (2) the estimated blood alcohol concentration ("BAC") arrived at by consumption and elimination evidence (so-called *Carter* evidence) is not sufficiently reliable to be used to challenge the accuracy of breathalyzer results; and (3) the BAC at the time of testing will not be higher than at the time of driving, unless the accused drank a large quantity of alcohol shortly before driving or consumed alcohol between driving and testing.

None of the challenged provisions limits the right under s. 11(c) of the *Charter* not to be compelled to testify. Although all of the provisions are challenged under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, the constitutionality of the provisions which address the burden of proof are best analyzed under s. 11(d), while those which limit the relevance of, or exclude evidence in relation to, particular issues are best analyzed under s. 7.

The fact that s. 258(1)(d.01) of the *Criminal Code* excludes *Carter* evidence to challenge the proper functioning or operation of the approved instrument does not violate s. 7 of the *Charter*. The parties contesting the provision have not shown that s. 258(1)(d.01) limits in any meaningful respect the right to make full answer and defence. In the face of the compelling evidence presented by the Crown about the generally misleading nature of *Carter* evidence in relation to the accuracy of the breathalyzer, those challenging the exclusion of this evidence had to advance some evidence suggesting that, despite its great potential to mislead, there

suffisante pour mener à une déclaration de culpabilité. Il n'y a donc pas atteinte à la protection contre l'auto-incrimination garantie par l'al. 11(c) de la *Charte*.

En l'espèce, bien que le juge de première instance ait, à tort, considéré que L pouvait repousser la présomption d'exactitude de l'al. 258(1)(c) du *Code criminel* en présentant une défense de type *Carter*, cette erreur n'a pas affecté sa conclusion, étant donné qu'il n'a pas cru L en définitive. La déclaration de culpabilité de L est donc confirmée.

*Les* juges Rothstein et Cromwell (dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli et il faut répondre négativement aux questions constitutionnelles.

Les alinéas 258(1)(c), d.01) et d.1) du *Code criminel* reposent sur trois idées assez simples. Si toutes les conditions prescrites par la loi pour le prélèvement et l'analyse des échantillons d'haleine sont observées : (1) les résultats indiqués par l'alcootest sont fiables, en l'absence d'éléments de preuve permettant d'en douter; (2) le taux d'alcoolémie (« TA ») estimé au moyen d'éléments de preuve relatifs au taux d'absorption ou d'élimination (la preuve de type *Carter*) n'est pas assez fiable pour être utilisé pour contester l'exactitude des résultats indiqués par l'alcootest; (3) le TA au moment des analyses ne sera pas plus élevé qu'au moment où l'accusé conduisait, sauf si ce dernier a consommé une grande quantité d'alcool peu de temps avant de conduire ou s'il a consommé de l'alcool entre le moment où il conduisait et celui où il a subi le test.

Aucune des dispositions contestées ne limite le droit de ne pas être contraint de témoigner garanti par l'al. 11(c) de la *Charte*. Bien que toutes les dispositions soient contestées sur le fondement de l'al. 11(d) et de l'art. 7 de la *Charte*, c'est en vertu de l'al. 11(d) qu'il convient d'analyser la constitutionnalité des dispositions touchant au fardeau de la preuve, et en vertu de l'art. 7 qu'il convient d'analyser la constitutionnalité de celles qui limitent la pertinence de certaines questions ou excluent la preuve s'y rapportant.

Le fait que l'al. 258(1)(d.01) du *Code criminel* exclut l'utilisation de la preuve de type *Carter* pour contester le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil approuvé ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*. Les parties contestant la disposition n'ont pas démontré que l'al. 258(1)(d.01) limite de quelque manière significative le droit de présenter une défense pleine et entière. Vu la preuve convaincante présentée par le ministère public à propos de la nature généralement trompeuse de la preuve de type *Carter* en ce qui a trait à l'exactitude de l'alcootest, ceux qui contestent l'exclusion de ce genre de preuve avaient l'obligation d'apporter certaines

remained some reason not to restrict the use of *Carter* type evidence. There is no such evidence in this record. Although hypothetical scenarios can form the basis of a *Charter* challenge, they must be reasonable. The other ground advanced in support of the s. 7 challenge — that s. 258(1)(d.01) makes a defence “illusory” — must also be rejected.

Section 258(1)(c) of the *Criminal Code* restricts evidence in relation to the accuracy of the device to evidence that tends to show three things: (1) that the device malfunctioned or the analysis was performed improperly, (2) that the improper performance resulted in the determination that the accused’s BAC exceeded .08, and (3) that the accused’s BAC was in fact lower than .08 at the time of the offence. The first two of these elements do nothing more than to recognize the reality that breathalyzer readings, when obtained under the statutory requirements, should be taken as accurate absent some reason to think otherwise. Absent some evidence to suggest that the analysis is not accurate, a reasonable doubt based simply on the general notion that technology may be fallible or that there is a hypothetical possibility not founded on the evidence that the device malfunctioned or was not operated properly would not be a rational conclusion. Thus, requiring the inference of accuracy to be drawn absent evidence to the contrary does not limit the right to make full answer and defence. As for the third component, it does no more than set out in statutory form what this Court has consistently held is required as a matter of logic and relevance to rebut the presumption of accuracy.

A provision limits the right to be presumed innocent guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* if it either (a) relieves the Crown of having to present a case to meet before the accused is called on to answer or (b) creates the risk of conviction even if, without the provision, the trier of fact could have a reasonable doubt about the accused’s guilt. The presumption of accuracy in s. 258(1)(c) does not create a risk of conviction in the presence of a reasonable doubt about guilt. It therefore does not limit the right to be presumed innocent and there is no need to consider whether any limitation is justified under s. 1 of the *Charter*. In requiring some evidence tending to show improper functioning or operation, the provision

données tendant à indiquer que, malgré le risque considérable d’erreur susceptible de découler d’une preuve de type *Carter*, il existait encore des raisons de ne pas limiter l’utilisation d’une telle preuve. Le dossier ne renferme aucune donnée de ce genre en l’espèce. Bien que des situations hypothétiques puissent constituer le fondement d’une contestation fondée sur la *Charte*, de telles hypothèses doivent être raisonnables. L’autre motif invoqué à l’appui de la contestation fondée sur l’art. 7, à savoir que l’al. 258(1)(d.01) rend « illusoire » la présentation d’une défense, doit aussi être rejeté.

L’alinéa 258(1)(c) du *Code criminel* limite la preuve qui peut être présentée relativement à la précision de l’appareil à une preuve tendant à démontrer trois choses : (1) que l’appareil fonctionnait mal ou que l’analyse a été effectuée incorrectement, (2) que le TA supérieur à 0,08 de l’accusé découle de ce mauvais fonctionnement ou de cette utilisation incorrecte et (3) que le TA de l’accusé était dans les faits inférieur à 0,08 au moment de l’infraction reprochée. Les deux premiers éléments ne font rien de plus que reconnaître la réalité que, lorsqu’ils ont été obtenus conformément aux exigences prescrites par la loi, les résultats des analyses doivent être considérés comme étant exacts en l’absence de quelque raison de croire le contraire. En l’absence de preuve tendant à montrer que l’analyse n’est pas exacte, un doute raisonnable qui reposerait simplement sur l’idée générale que la technologie n’est pas infallible ou qu’il existe une possibilité théorique — mais non étayée par la preuve — que l’appareil ait mal fonctionné ou ait été utilisé incorrectement ne serait pas une conclusion rationnelle. Par conséquent, le fait d’exiger que, en l’absence de preuve à l’effet contraire, le tribunal tire une inférence d’exactitude ne limite pas le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière. Pour ce qui est du troisième élément, il ne fait qu’énoncer, sous forme de disposition législative, ce que la Cour a toujours jugé comme étant la preuve requise sur le plan de la logique et de la pertinence pour réfuter la présomption d’exactitude.

Une disposition a pour effet de limiter le droit à la présomption d’innocence garantie par l’al. 11(d) de la *Charte* dans les cas suivants : a) elle décharge le ministre public de son obligation de présenter une preuve complète contre l’accusé avant que celui-ci n’ait besoin de répondre; b) elle crée un risque de déclaration de culpabilité même si, sans elle, le juge des faits pourrait avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’accusé. La présomption d’exactitude énoncée à l’al. 258(1)(c) ne risque pas d’entraîner une déclaration de culpabilité s’il existe un doute raisonnable au sujet de la culpabilité. Elle ne limite donc pas le droit à la présomption d’innocence et, de ce fait, il n’est pas nécessaire de

simply enacts common sense in light of accepted scientific fact. Parliament is entitled to legislate this rather than require the evidence to be called in every “blowing over” prosecution. Furthermore, in order to constitute evidence to the contrary as a matter of logic and relevance, that evidence must tend to raise a doubt that the BAC in fact did not exceed .08. It follows that this third aspect of s. 258(1)(c) simply translates that requirement for materiality into the consideration of whether the device functioned or was operated improperly.

With respect to the presumptions of identity in s. 258(1)(c) and (d.1) of the *Criminal Code*, there is overwhelming evidence that a breathalyzer test administered in accordance with the statutory requirements and which reveals an over .08 result is a reliable indication that the accused had a BAC which was equal to or higher than that at the time of driving. There is no infringement of the right to be presumed innocent by deeming that the BAC at the time of testing is the same as at the time of driving. Parliament has simply legislated well-established facts so that they do not have to be proved in every case. There is no risk of conviction on the basis of a reasonable doubt that has a basis in common sense and logic in the evidence or the absence of evidence. A doubt about the presumptions of identity based on “bolus or intervening drinking” would be speculative, absent evidence supporting the fact that one or the other of those scenarios had actually occurred. The fact of post-driving drinking is peculiarly in the knowledge of the accused and it would be unduly onerous to require the prosecution to negate this rather unusual possibility in every case even when it had no foundation in the evidence. Also, the challenged provisions do not relieve the Crown of its obligation to present a case to meet before the accused is called on to answer. Where an over .08 breathalyzer test result is obtained in accordance with the statutory requirements, a trial judge cannot conclude that there is no evidence upon which he could reasonably convict an accused person.

Even assuming that ss. 258(1)(c), 258(1)(d.01) or 258(1)(d.1) of the *Criminal Code* limit the right to be

procéder à l’analyse fondée sur l’article premier de la *Charte*. En requérant des éléments de preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l’utilisation incorrecte de l’alcooltest, la disposition ne fait qu’exprimer une exigence que dicte par ailleurs le bon sens, à la lumière des faits scientifiques acceptés. Le législateur a le droit d’édicter une telle présomption plutôt que d’exiger la production d’une preuve dans chaque poursuite fondée sur un TA supérieur à la limite. En outre, sur le plan de la logique et de la pertinence, constitue une preuve contraire une preuve qui tend à soulever un doute et amène le tribunal à penser que le TA ne dépassait pas dans les faits 0,08. Il s’ensuit que ce troisième aspect de l’al. 258(1)c) importe simplement cette exigence de pertinence dans l’examen de la question de savoir si l’appareil fonctionnait mal ou a été utilisé incorrectement.

Quant aux présomptions d’identité prévues aux al. 258(1)c) et d.1) du *Code criminel*, il existe une imposante preuve démontrant que des analyses d’alcoolémie effectuées conformément aux exigences prescrites par la loi et révélant un TA supérieur à 0,08 constituent une indication fiable que le TA de l’accusé au moment où il conduisait était égal ou supérieur au TA ainsi mesuré. Le fait de présumer que le TA de l’accusé au moment des analyses correspond à son TA au moment où il conduisait ne viole pas le droit à la présomption d’innocence. Le législateur a tout simplement énoncé dans la loi des faits bien établis, afin qu’il ne soit pas nécessaire de les prouver dans chaque instance. Il n’y a aucun risque qu’un accusé soit déclaré coupable s’il existe un doute raisonnable sensé et logique, basé sur la preuve ou sur une absence de preuve. Un doute quant à l’application des présomptions d’identité qui serait fondé sur la notion du dernier verre ou celle du verre d’après relèverait de la conjecture en l’absence de preuve que l’un ou l’autre de ces scénarios s’est réellement produit. C’est d’abord et avant tout l’accusé lui-même qui sait s’il a bu après avoir conduit, et ce serait imposer un fardeau indûment lourd à la poursuite que de l’obliger à réfuter dans tous les cas cette possibilité plutôt inhabituelle, même quand celle-ci n’est aucunement étayée par la preuve. De plus, les dispositions contestées ne libèrent pas le ministère public de son obligation de présenter une preuve complète contre l’accusé avant que celui-ci ne soit tenu de répondre. Lorsqu’une analyse effectuée en conformité avec les exigences prescrites par la loi indique un TA supérieur à 0,08, le juge du procès ne saurait conclure que rien dans la preuve ne lui permet de prononcer raisonnablement une déclaration de culpabilité contre l’accusé.

Même en supposant que les al. 258(1)c), d.01) ou d.1) du *Code criminel* limitent le droit à la présomption

presumed innocent as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, any limitation is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

### Cases Cited

By Deschamps J.

**Considered:** *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089; *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791; **referred to:** *R. v. Boucher*, 2005 SCC 72, [2005] 3 S.C.R. 499; *R. v. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174; *R. v. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *R. v. Milne* (1996), 107 C.C.C. (3d) 118; *R. v. Coutts* (1999), 45 O.R. (3d) 288; *R. v. Huff*, [2000] O.J. No. 3487 (QL); *R. v. Powichrowski*, 2009 ONCJ 490, 70 C.R. (6th) 376; *R. v. Gibson*, 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Hummel* (1987), 36 C.C.C. (3d) 8; *R. v. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150; *R. v. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, [2010] R.J.Q. 2610; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Duff*, 2010 ABPC 319, 501 A.R. 122; *R. v. Gillespie*, 2010 BCPC 207 (CanLII); *R. v. Muzuva* (2010), 206 C.R.R. (2d) 18; *R. v. Cayer*, 2010 QCCQ 9352 (CanLII); *R. v. Laforge*, 2010 QCCQ 7718, [2010] R.J.Q. 2537; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Kasim*, 2011 ABCA 336, 515 A.R. 254; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424; *R. v. Grosse* (1996), 29 O.R. (3d) 785; *R. v. Hall*, 2007 ONCA 8, 83 O.R. (3d) 641; *R. v. Bulman*, 2007 ONCA 169, 221 O.A.C. 210.

By Cromwell J. (dissenting in part)

*R. v. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174; *R. v. Gibson*, 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089; *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791; *R. v. Boucher*, 2005 SCC 72, [2005] 3 S.C.R. 499; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *R. v. Bulman*, 2007 ONCA 169, 221 O.A.C. 210; *R. v. Grosse* (1996), 29 O.R. (3d) 785; *R. v. Hall*, 2007 ONCA 8, 83 O.R. (3d) 641; *R. v. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424.

d'innocence garanti par l'al. 11d) de la *Charte*, il s'agit d'une limite raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

### Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

**Arrêts examinés :** *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089; *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791; **arrêts mentionnés :** *R. c. Boucher*, 2005 CSC 72, [2005] 3 R.C.S. 499; *R. c. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174; *R. c. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. Milne* (1996), 107 C.C.C. (3d) 118; *R. c. Coutts* (1999), 45 O.R. (3d) 288; *R. c. Huff*, [2000] O.J. No. 3487 (QL); *R. c. Powichrowski*, 2009 ONCJ 490, 70 C.R. (6th) 376; *R. c. Gibson*, 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Hummel* (1987), 36 C.C.C. (3d) 8; *R. c. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150; *R. c. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, [2010] R.J.Q. 2610; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Duff*, 2010 ABPC 319, 501 A.R. 122; *R. c. Gillespie*, 2010 BCPC 207 (CanLII); *R. c. Muzuva* (2010), 206 C.R.R. (2d) 18; *R. c. Cayer*, 2010 QCCQ 9352 (CanLII); *R. c. Laforge*, 2010 QCCQ 7718, [2010] R.J.Q. 2537; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Kasim*, 2011 ABCA 336, 515 A.R. 254; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424; *R. c. Grosse* (1996), 29 O.R. (3d) 785; *R. c. Hall*, 2007 ONCA 8, 83 O.R. (3d) 641; *R. c. Bulman*, 2007 ONCA 169, 221 O.A.C. 210.

Citée par le juge Cromwell (dissident en partie)

*R. c. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174; *R. c. Gibson*, 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089; *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791; *R. c. Boucher*, 2005 CSC 72, [2005] 3 R.C.S. 499; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *R. c. Bulman*, 2007 ONCA 169, 221 O.A.C. 210; *R. c. Grosse* (1996), 29 O.R. (3d) 785; *R. c. Hall*, 2007 ONCA 8, 83 O.R. (3d) 641; *R. c. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424.

### Statutes and Regulations Cited

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(c), (d).  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, s. 51.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 212(3), 253(1)(b), 254(2), (3), 258(1)(c), (d.01), (d.1), (g), 276.  
*Criminal Law Improvement Act, 1996*, S.C. 1997, c. 18, s. 10(2).  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 25(1).  
*Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6.

### Authors Cited

- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 141, 1st Sess., 39th Parl., January 30, 2007, pp. 6185, 6186.  
 Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 9, 2nd Sess., 39th Parl., February 21, 2008, p. 37.  
 Canadian Society of Forensic Science. "Recommended Standards and Procedures of the Canadian Society of Forensic Science Alcohol Test Committee" (2009), 42 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 1.  
 Cross on Evidence, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.  
 Hodgson, Brian T. "The Validity of Evidential Breath Alcohol Testing" (2008), 41 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 83.  
 Martin, T. L., J. G. Wigmore and K. L. Woodall. "A Comparison of Blood Alcohol Concentrations Estimated From Drinking Histories of Drivers Charged with 'Over 80' and Their Intoxilyzer® 5000C Results" (2004), 37 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 187.  
 Robertson, Robyn, Ward Vanlaar and Herb Simpson. *National Survey of Crown Prosecutors and Defence Counsel on Impaired Driving: Final Report*. Ottawa: Traffic Injury Research Foundation, July 2008.  
 Sommers, Marilyn Sawyer, et al. "Nurse, I Only Had a Couple of Beers": Validity of Self-Reported Drinking Before Serious Vehicular Injury" (2002), 11 *Am. J. Critical Care* 106.  
 Wigmore, J. G. "Man vs. Machine: Self-Reported Alcohol Consumption of Drinking Drivers vs. Evidential Breath Alcohol Tests. Is the Restriction of Evidence to the Contrary Scientifically Valid?" (2009), 54 *Crim. L.Q.* 395.

APPEAL from a judgment of the Court of Québec (Judge Chapdelaine), 2010 QCCQ 8552,

### Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11(c), (d).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 212(3), 253(1)(b), 254(2), (3), 258(1)(c), (d.01), (d.1), (g), 276.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 25(1).  
*Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale*, L.C. 1997, ch. 18, art. 10(2).  
*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 51.  
*Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, ch. 6.

### Doctrine et autres documents cités

- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 141, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 30 janvier 2007, p. 6185, 6186.  
 Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 9, 2<sup>e</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 21 février 2008, p. 37.  
 Cross on Evidence, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London : Butterworths, 1990.  
 Hodgson, Brian T. « La validité de la preuve recueillie au moyen d'un alcootest » (2008), 41 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 97.  
 Martin, T. L., J. G. Wigmore and K. L. Woodall. « A Comparison of Blood Alcohol Concentrations Estimated From Drinking Histories of Drivers Charged with "Over 80" and Their Intoxilyzer® 5000C Results » (2004), 37 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 187.  
 Robertson, Robyn, Ward Vanlaar et Herb Simpson. *Son-dage national sur la conduite avec facultés affaiblies auprès des avocats de la défense et des procureurs de la Couronne : Rapport final*. Ottawa : Fondation de recherches sur les blessures de la route, juillet 2008.  
 Société canadienne des sciences judiciaires. « Normes et procédures recommandées par la Société canadienne des sciences judiciaires — Comité des analyses d'alcool » (2009), 42 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 31.  
 Sommers, Marilyn Sawyer, et al. « "Nurse, I Only Had a Couple of Beers" : Validity of Self-Reported Drinking Before Serious Vehicular Injury » (2002), 11 *Am. J. Critical Care* 106.  
 Wigmore, J. G. « Man vs. Machine : Self-Reported Alcohol Consumption of Drinking Drivers vs. Evidential Breath Alcohol Tests. Is the Restriction of Evidence to the Contrary Scientifically Valid? » (2009), 54 *Crim. L.Q.* 395.

POURVOI contre un jugement de la Cour du Québec (le juge Chapdelaine), 2010 QCCQ 8552,



[2010] J.Q. n° 10077 (QL), 2010 CarswellQue 10716, convicting the accused of driving with a blood alcohol level over the legal limit and upholding in part the constitutionality of ss. 258(1)(c), (*d.01*) and (*d.1*) of the *Criminal Code*. Appeal allowed in part, Rothstein and Cromwell JJ. dissenting in part.

*Michel Déom, Jean-Vincent Lacroix, Marie-Ève Mayer and Patricia Blair*, for the appellants.

*Patrick Fréchette*, for the respondent.

*François Joyal and Ginette Gobeil*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*James V. Palangio and Philip Perlmutter*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Christian Vanderhooft and Nathaniel Carnegie*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Rodney Garson and Roger F. Cutler*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Jason R. Russell and Robert Palser*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Marco LaBrie and Jean-Philippe Marcoux*, for the intervener Barreau du Québec.

*Éric Downs and Julie Bolduc*, for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

*Patrick Ducharme and Paul Burstein*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*Shannon K. C. Prithipaul*, for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ. delivered by

[1] DESCHAMPS J. — This appeal concerns the constitutionality of certain provisions of the

[2010] J.Q. n° 10077 (QL), 2010 CarswellQue 10716, qui a déclaré l'accusée coupable de conduite d'un véhicule avec une alcoolémie supérieure à la limite légale et qui a confirmé en partie la constitutionnalité des al. 258(1)c), *d.01*) et *d.1*) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli en partie, les juges Rothstein et Cromwell sont dissidents en partie.

*Michel Déom, Jean-Vincent Lacroix, Marie-Ève Mayer et Patricia Blair*, pour les appelants.

*Patrick Fréchette*, pour l'intimée.

*François Joyal et Ginette Gobeil*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*James V. Palangio et Philip Perlmutter*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Christian Vanderhooft et Nathaniel Carnegie*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Rodney Garson et Roger F. Cutler*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Jason R. Russell et Robert Palser*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Marco LaBrie et Jean-Philippe Marcoux*, pour l'intervenant le Barreau du Québec.

*Éric Downs et Julie Bolduc*, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

*Patrick Ducharme et Paul Burstein*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*Shannon K. C. Prithipaul*, pour l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps, Fish et Abella a été rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de certaines

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”), that deal with offences involving driving with a blood alcohol level over the legal limit. The questions raised in it relate to the right to be presumed innocent, the right to make full answer and defence and the protection against self-incrimination (ss. 11(d), 7 and 11(c), respectively, of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*).

[2] The impugned provisions include four new requirements that must be met by a person charged with driving with a blood alcohol level exceeding 80 mg of alcohol in 100 ml of blood (.08) in order to rebut the presumptions that apply in the prosecution’s favour in such a case. Three of these requirements relate to the presumption of accuracy and one of the presumptions of identity that attach to the results of the test to which a person must submit when required to do so by the police. To challenge the reliability of the results, the accused must raise a doubt: (1) that the breathalyzer instrument was functioning and was operated properly; (2) to the effect that the determination that the blood alcohol level of the accused exceeded the legal limit resulted from a malfunction or improper operation of the instrument; and (3) to the effect that the blood alcohol level of the accused would not in fact have exceeded the legal limit at the time when the offence was alleged to have been committed. Moreover, a new requirement must now be met in order to rebut the presumption of identity of the test results showing that the blood alcohol level of the accused exceeded the legal limit with his or her actual blood alcohol level at the time of the alleged offence. This presumption can be rebutted only if the evidence adduced by the accused shows that his or her consumption of alcohol was consistent not only with a blood alcohol level under the legal limit at the time of the offence, but also — and this is the new requirement — with the test results.

[3] For the reasons that follow, I find that Parliament was justified in requiring that any evidence adduced to cast doubt on the test results be directed at the functioning or operation of the instrument. However, where such evidence casts doubt on the reliability of the results, the imposition of

dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »), touchant les infractions liées à la conduite automobile alors que l’alcoolémie est supérieure à la limite permise par la loi. Sont invoqués la présomption d’innocence, le droit à une défense pleine et entière et la protection contre l’auto-incrimination (respectivement l’al. 11d), l’art. 7 et l’al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*).

[2] Les dispositions contestées comportent quatre nouvelles exigences auxquelles la personne accusée doit satisfaire pour réfuter les présomptions dont bénéficie la poursuite dans le contexte d’une accusation de conduite avec un taux d’alcoolémie supérieur à 80 mg d’alcool par 100 ml de sang (0,08). Trois de ces exigences touchent la présomption d’exactitude et l’une des présomptions d’identité attachées aux résultats du test auquel une personne doit se soumettre lors d’une interpellation policière. Pour contester la fiabilité des résultats, la personne accusée doit soulever un doute : (1) sur le bon fonctionnement ou l’utilisation correcte de l’alcootest; (2) sur le fait que le résultat d’analyse indiquant un taux d’alcoolémie supérieur à la limite légale résulte du mauvais fonctionnement ou de l’utilisation incorrecte de l’appareil; (3) sur le fait que son taux d’alcoolémie au moment où l’infraction aurait été commise ne dépassait pas la limite légale. De plus, une nouvelle exigence doit maintenant être remplie pour contrer la présomption d’identité établie entre les résultats des analyses montrant une alcoolémie supérieure à la limite légale et l’alcoolémie qui existait au moment de l’infraction reprochée. Cette présomption ne pourra être neutralisée que si la preuve présentée par la personne accusée fait état d’une consommation d’alcool compatible non seulement avec une alcoolémie ne dépassant pas la limite légale au moment de l’infraction mais également, et c’est là la nouvelle exigence, avec les résultats des analyses.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que le Parlement était justifié d’exiger que la preuve contraire pouvant être présentée à l’encontre des résultats d’analyses cible le fonctionnement ou l’utilisation de l’alcootest. Cependant, lorsqu’une telle preuve permet de mettre en doute la fiabilité des

additional conditions does not constitute a reasonable limit on the right to be presumed innocent. I would reject all the other constitutional arguments that have been raised.

[4] The impugned provisions are one aspect of the broader fight against drinking and driving, a problem that has preoccupied Parliament and the courts for several decades now. I will therefore begin by reviewing the historical background and the legislative history of these provisions before inquiring into their validity. I will conclude by considering the specific case of the respondent.

#### 1. Historical Background

[5] In 1969, Parliament made it a criminal offence for a person to operate or have the care of a vehicle while his or her blood alcohol level exceeded .08, and made it mandatory under the *Criminal Code* to provide breath samples for analysis for the purpose of determining whether that offence had been committed. Among other things, the relevant provisions required a person stopped by the police to provide breath samples and created a mechanism by which those samples would be analyzed by designated technicians using approved devices. Parliament also introduced presumptions (of accuracy and identity) that would apply if certain conditions were met and would make it easier for the prosecution to prove that a person had operated or had the care of a vehicle while his or her blood alcohol level exceeded the legal limit.

[6] According to the presumption of accuracy, the certificate of the technician responsible for the analyses is presumed to provide an accurate determination of the person's blood alcohol level at the time the breath samples were taken. According to the first presumption of identity, a person's blood alcohol level as shown by the test is presumed to be the same as his or her blood alcohol level at the time of the alleged offence. Pursuant to a second presumption of identity added by Parliament in 1997 (*Criminal Law Improvement Act, 1996*, S.C. 1997, c. 18, s. 10(2)), a blood alcohol level that exceeds .08 at the time of the analyses is presumed to

résultats, l'imposition de conditions additionnelles ne constitue pas une limite raisonnable à la présomption d'innocence. Je rejetterais tous les autres moyens constitutionnels soulevés.

[4] Les dispositions contestées s'insèrent dans le contexte plus large de la lutte contre l'alcool au volant, problème qui préoccupe le Parlement et les tribunaux depuis plusieurs décennies. Par conséquent, je replacerai d'abord les dispositions contestées dans leur contexte historique et législatif, puis j'examinerai leur validité. Enfin, je traiterai du cas particulier de l'intimée.

#### 1. Contexte historique

[5] En 1969, le Parlement criminalise la conduite et la garde d'un véhicule avec une alcoolémie supérieure à 0,08 et introduit dans le *Code criminel* un régime obligatoire d'analyse de l'alcool dans l'haleine aux fins de preuve de la commission de l'infraction. Les dispositions pertinentes créent entre autres l'obligation pour la personne interpellée de fournir des échantillons d'haleine, ainsi qu'un mécanisme permettant l'analyse par des techniciens désignés de ces prélèvements au moyen d'appareils approuvés. Le Parlement introduit également des présomptions (d'exactitude et d'identité) qui s'appliquent lorsque certaines conditions sont réunies et qui facilitent la preuve par la poursuite qu'une personne a conduit ou a eu la garde d'un véhicule alors que son alcoolémie dépassait la limite permise.

[6] Suivant la présomption d'exactitude, le certificat du technicien responsable des analyses est présumé fournir une mesure exacte de l'alcoolémie au moment de l'alcootest. De plus, suivant une première présomption d'identité, l'alcoolémie de la personne révélée par l'alcootest est présumée correspondre à son alcoolémie au moment de l'infraction reprochée. Conformément à une deuxième présomption d'identité ajoutée par le Parlement en 1997 (*Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale*, L.C. 1997, ch. 18, par. 10(2)), si le taux d'alcool est supérieur à 0,08 au moment des analyses, il est présumé l'avoir été aussi au moment

have also exceeded .08 at the time when the offence was alleged to have been committed (*R. v. Boucher*, 2005 SCC 72, [2005] 3 S.C.R. 499, at para. 14).

[7] Before the impugned amendments were enacted, the relevant provisions stated that the presumptions could be rebutted by producing “evidence to the contrary”. The Ontario Court of Appeal considered the meaning of the expression “evidence to the contrary” in *R. v. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174, and *R. v. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266. It held that, under the provisions in force at the time, the testimony of the accused concerning his or her alcohol consumption, combined with an explanation by a toxicologist of the implications of that consumption, could be tendered as “evidence to the contrary” in order to raise a doubt about the results of the breathalyzer test. This defence is known as the “*Carter* defence” after one of the Ontario Court of Appeal cases mentioned above.

[8] In *Gilbert*, Osborne J.A., although acknowledging the validity of the defence, had expressed doubts about the chances of succeeding with it (at p. 280):

An accused who is charged with an offence, the essence of which is that he was driving with an impermissibly high blood-alcohol concentration level must be able to lead evidence as to the quantity of alcohol that he consumed at relevant times. I do not think it is necessary that this kind of evidence be accompanied by an attack on the particular breathalyzer machine, or its operator. It may well be that without such an attack it may be difficult for an accused to have the tendered evidence accepted to the point of raising a reasonable doubt. That, however, does not make the evidence inadmissible generally, or, as I have said, inadmissible because it constitutes an indirect attack on the breathalyzer or its manner of operation.

Despite these reservations, the *Carter* defence proved to be effective, as can be seen from the subsequent cases on this issue.

[9] Moreover, it was held that the prosecution could not generally use roadside sobriety tests

où l’infraction aurait été commise (*R. c. Boucher*, 2005 CSC 72, [2005] 3 R.C.S. 499, par. 14).

[7] Avant les modifications contestées, les dispositions pertinentes précisait que les présomptions pouvaient être repoussées par une « preuve contraire ». La signification de la notion de « preuve contraire » avait été étudiée par la Cour d’appel de l’Ontario dans les arrêts *R. c. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174, et *R. c. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266. La Cour d’appel y avait établi que, suivant les dispositions en vigueur à l’époque, le témoignage de la personne accusée sur sa consommation d’alcool — consommation dont les implications étaient expliquées par un toxicologue — pouvait être utilisé comme « preuve contraire » permettant de soulever un doute concernant les résultats de l’alcooltest. Ce moyen de défense est connu sous le nom de « défense de type *Carter* », du nom de l’un des arrêts de la Cour d’appel de l’Ontario mentionnés précédemment.

[8] Dans *Gilbert*, bien qu’il ait reconnu la validité de cette défense, le juge Osborne avait exprimé des doutes sur ses chances de succès (p. 280) :

[TRADUCTION] Lorsque la personne accusée est inculpée d’une infraction qui consiste essentiellement à avoir conduit avec un taux d’alcoolémie trop élevé, cette personne doit être en mesure de produire une preuve relative à la quantité d’alcool qu’elle a consommée au moment pertinent. Il n’est pas nécessaire, selon moi, qu’une telle preuve s’accompagne d’une attaque visant l’alcooltest utilisé ou la personne qui l’a manipulé. Il est fort possible que, sans une telle attaque, l’accusé ait de la difficulté à faire reconnaître que la preuve qu’elle produit soulève un doute raisonnable. Cela ne rend toutefois pas ce genre de preuve inadmissible de façon générale ou encore, comme je l’ai dit, inadmissible pour le motif qu’elle constitue une attaque indirecte contre l’alcooltest ou la manière dont il a été utilisé.

En dépit de ces réserves, la défense de type *Carter* s’est avérée efficace, comme en témoigne d’ailleurs la jurisprudence subséquente sur la question.

[9] De plus, il a été jugé que la poursuite ne peut généralement pas utiliser les vérifications faites par

conducted by the police to incriminate a person who had operated or had the care of a vehicle: *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3, at para. 58; *R. v. Milne* (1996), 107 C.C.C. (3d) 118 (Ont. C.A.); *R. v. Coutts* (1999), 45 O.R. (3d) 288 (Ont. C.A.); *R. v. Huff*, [2000] O.J. No. 3487 (QL) (Ont. C.A.). Furthermore, the results of a breathalyzer test could not be used to assess the credibility of an accused who raised a *Carter* defence (*Boucher*, at paras. 43 and 64).

[10] Because of these rules, it was thought by some that the statutory presumptions attaching to breathalyzer test results did not operate as Parliament had intended. In *R. v. Powichrowski*, 2009 ONCJ 490, 70 C.R. (6th) 376, Judge Duncan described what he saw as an impasse faced by the prosecution in certain impaired driving cases under the former legislative scheme (at para. 23):

An indirect result of the development of the case law, particularly *R. c. Boucher* as interpreted and distinguished in *R. v. Snider* (2006), 31 M.V.R. (5th) 296 (Ont. C.J.) and subsequent decisions, was that in cases involving a *Carter* defence, prosecutors partly abandoned section 258 and attempted to prove their cases the long way around without aid of the statutory presumption of accuracy or, more precisely, the burden of its accompanying jurisprudence. Ironically then, the very legislation that was designed to facilitate proof of the prohibited condition in order to help combat the menace of drinking and driving had become an obstacle to be avoided by the prosecution.

[11] These difficulties were well known. In a 2006 report prepared for the Department of Justice, Brian T. Hodgson, a forensic toxicology consultant, stressed the importance of re-establishing the primacy of the test results:

For the continuing use of the statutory legal limit enunciated in subsection 253(b) CCC, over 80, the law

les policiers sur les lieux de l'interpellation routière concernant la sobriété pour incriminer la personne qui conduit un véhicule ou en a eu la garde : *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3, par. 58; *R. c. Milne* (1996), 107 C.C.C. (3d) 118 (C.A. Ont.); *R. c. Coutts* (1999), 45 O.R. (3d) 288 (C.A. Ont.); *R. c. Huff*, [2000] O.J. No. 3487 (QL) (C.A. Ont.). Au surplus, la crédibilité de la personne accusée qui présentait une défense de type *Carter* ne pouvait être évaluée au regard des résultats de l'alcootest (*Boucher*, par. 43 et 64).

[10] Au vu de ces règles, certains estimaient que les présomptions législatives relatives aux résultats des alcootests ne remplissaient pas le rôle envisagé par le Parlement. Dans *R. c. Powichrowski*, 2009 ONCJ 490, 70 C.R. (6th) 376, le juge Duncan décrit ce qu'il perçoit comme l'impasse dans laquelle se trouvait la poursuite dans certaines affaires de conduite en état d'ébriété sous l'ancien régime législatif (par. 23) :

[TRADUCTION] L'évolution de la jurisprudence à cet égard, particulièrement l'arrêt *R. c. Boucher* — tel qu'il a été interprété et au sujet duquel une distinction a été faite dans *R. c. Snider* (2006), 31 M.V.R. (5th) 296 (C.J. Ont.) et dans des décisions subséquentes — a eu pour conséquence indirecte que, dans des affaires où l'accusé invoquait la défense de type *Carter*, les avocats de la poursuite ont partiellement cessé de s'appuyer sur l'article 258 et plutôt tenté de prouver les accusations en empruntant la voie plus longue, c'est-à-dire sans l'aide de la présomption d'exactitude établie par la loi ou, pour être plus précis, sans les inconvénients de la jurisprudence accompagnant cette présomption. Il est donc ironique de constater que la disposition législative même qui avait été conçue pour faciliter la preuve de l'état physique prohibé, afin d'aider à lutter contre la menace que constitue la conduite automobile avec les facultés affaiblies est devenue un obstacle que doit contourner la poursuite.

[11] Ces difficultés étaient bien connues. Dans un rapport daté de 2006 préparé à l'intention du ministère de la Justice, Brian T. Hodgson, consultant en toxicologie judiciaire, insistait sur l'importance de rétablir la primauté des résultats des analyses :

Si l'on veut pouvoir continuer d'utiliser la limite légale prévue à l'alinéa 253b) du *Code criminel*, soit

needs to reestablish the primacy of scientific evidential results. The defence of “evidence to the contrary” needs to be directed specifically to the factors that impact on the evidential breath alcohol results such as: deficiencies in the test process and/or the drinking patterns of the accused just prior to the time of offence (within 30 minutes) or drinking after the time of offence but before the time of testing. The Supreme Court’s acceptance of the subjective, non-scientific statements of an accused person about his drinking history leading up to the time of offence without reference to the scientific evidential results is incompatible with the scientific basis of 253(b) CCC. [Emphasis added.]

(“The Validity of Evidential Breath Alcohol Testing” (2008), 41 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 83, at p. 94)

[12] On January 30, 2007, Rob Moore, the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice, gave an overview of Bill C-32’s restrictions on the type of “evidence to the contrary” that can be tendered to defend against a charge of impaired driving:

Probably the most important change in this bill is the proposal to ensure that only scientifically valid defences can be used where a person is accused of driving with a concentration of alcohol exceeding 80 milligrams in 100 millilitres of blood. This is known as driving over 80.

(*House of Commons Debates*, vol. 141, 1st Sess., 39th Parl., January 30, 2007, at p. 6185)

[13] Bill C-32 died on the Order Paper, however. Then, on October 18, 2007, the government introduced Bill C-2, entitled the *Tackling Violent Crime Act*. Bill C-2 essentially reproduced Bill C-32’s restrictions on evidence to the contrary that would be admissible at a trial involving a charge of driving with a blood alcohol level over the legal limit. The *Tackling Violent Crime Act* (S.C. 2008, c. 6) was assented to on February 28, 2008. Four of the requirements at issue in this appeal came into force

quatre-vingts milligrammes d’alcool par cent millilitres de sang, il faut rétablir la primauté des résultats d’analyses scientifiques mis en preuve. Le moyen de défense fondé sur une « preuve contraire » doit concerner directement les facteurs qui influent sur les résultats de l’analyse de l’alcool dans l’haleine à des fins de preuve, à savoir : des défaillances dans le processus d’analyse et/ou les consommations prises par l’accusé tout juste avant le moment de l’infraction (dans les trente minutes) ou les consommations prises après le moment de l’infraction mais avant l’administration du test. L’acceptation par la Cour suprême des déclarations subjectives non scientifiques de l’accusé au sujet de sa consommation au cours de la période précédant le moment de l’infraction sans référence aux résultats d’analyses scientifiques mis en preuve est incompatible avec le fondement scientifique de l’alinéa 253b) du Code criminel. [Je souligne.]

(« La validité de la preuve recueillie au moyen d’un alcootest » (2008), 41 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 97, p. 109-110)

[12] Le 30 janvier 2007, M. Rob Moore, secrétaire parlementaire du ministre de la Justice, exposait les grandes lignes du projet C-32 en ce qui concerne la restriction du type de « preuve contraire » pouvant être opposé à une accusation de conduite avec capacités affaiblies :

Probablement que la plus importante modification que propose ce projet de loi est celle qui vise à assurer que seuls les moyens de défense fondés sur des facteurs valides du point de vue scientifique pourront être utilisés dans le cas d’une personne accusée de conduite avec un taux d’alcoolémie supérieur à 80 milligrammes par 100 millilitres de sang. C’est ce qu’on appelle conduire avec une alcoolémie supérieure à 0,08.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 141, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 30 janvier 2007, p. 6185)

[13] Ce projet est toutefois mort au feuillet et, le 18 octobre 2007, le gouvernement a déposé le projet de loi C-2, intitulé *Loi sur la lutte contre les crimes violents*. Celui-ci reprenait essentiellement la restriction prévue par le projet de loi C-32 à l’égard de la preuve contraire admissible lors d’un procès portant sur une accusation de conduite avec un taux d’alcoolémie supérieur à la limite légale. La *Loi sur la lutte contre les crimes violents* (L.C. 2008, ch. 6) a été sanctionnée le 28 février 2008.

on July 2, 2008, while the fifth dates back to 1997. All the provisions in question are reproduced in the Appendix.

## 2. Changes Resulting from the New Provisions

[14] Before beginning the constitutional analysis, I should explain how the scheme applicable to prosecutions for driving with a blood alcohol level over the legal limit has been restructured by the statutory amendments.

### 2.1 *Presumptions*

[15] Before 2008, it was settled law that s. 258 *Cr. C.* established two presumptions of identity and one presumption of accuracy. The amendments have not changed the nature of these presumptions. Section 258(1)(c) *Cr. C.* establishes a presumption of accuracy of the results of the analyses, and a presumption of identity according to which the results are presumed to correspond to the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence. (In the past, this Court placed the presumption of accuracy in s. 258(1)(g) *Cr. C.* However, the 2008 amendments indicate clearly that Parliament intended them to apply to both the presumption of accuracy and the presumptions of identity, and that it was also incorporating the presumption of accuracy into s. 258(1)(c).) Section 258(1)(d.1) *Cr. C.* establishes a second presumption of identity according to which a blood alcohol level over .08 at the time of the analysis is presumed to be the same as the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence.

### 2.2 *Standard of Proof*

[16] Nor has the standard of proof that must be met to rebut the presumptions been changed. In *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089, this Court stated that evidence to the contrary tendered by the accused in respect of the test results was sufficient if it raised a reasonable doubt. In *R. v. Gibson*, 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397, the Court held that the two expressions “evidence tending to

Quatre des exigences contestées dans le présent pourvoi sont entrées en vigueur le 2 juillet 2008, la cinquième remonte à 1997. Toutes ces dispositions sont reproduites en annexe.

## 2. Changements apportés par les nouvelles dispositions

[14] Avant d’amorcer l’analyse constitutionnelle, il convient de préciser en quoi les modifications législatives réaménagent le régime applicable en matière de poursuites pour conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale.

### 2.1 *Les présomptions*

[15] Avant 2008, il était bien établi que l’art. 258 *C. cr.* créait deux présomptions d’identité et une présomption d’exactitude. Les modifications législatives n’ont pas changé la nature de ces présomptions. L’alinéa 258(1)c) *C. cr.* contient une présomption d’exactitude des résultats des analyses ainsi qu’une présomption d’identité selon laquelle les résultats sont présumés correspondre au taux d’alcoolémie de la personne accusée au moment de l’infraction reprochée. (Notre Cour, dans le passé, a situé la présomption d’exactitude à l’al. 258(1)g) *C. cr.* Cependant, les modifications de 2008 indiquent clairement que le Parlement a voulu viser tant la présomption d’exactitude que les présomptions d’identité et qu’il a aussi intégré à l’al. 258(1)c) la présomption d’exactitude.) L’alinéa 258(1)d.1) *C. cr.* établit pour sa part une deuxième présomption d’identité, suivant laquelle un taux d’alcoolémie supérieur à 0,08 au moment de l’analyse est présumé correspondre à celui qui existait au moment de l’infraction reprochée.

### 2.2 *La norme de preuve*

[16] La norme de preuve requise pour réfuter les présomptions n’a pas non plus changé. Dans l’arrêt *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089, notre Cour a précisé qu’il était suffisant que la preuve contraire présentée par la personne accusée à l’encontre des résultats d’analyses soulève un doute raisonnable. Dans *R. c. Gibson*, 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397, notre Cour a déclaré que l’expression

show” and “evidence to the contrary” gave rise to the same standard: reasonable doubt (para. 17). The use of the word “conclusive” in s. 258(1)(c) *Cr. C.* does not mean that the presumptions are irrebuttable, as evidence to the contrary can still be presented to counter them.

### 2.3 Evidence

[17] The statutory amendments affect the evidence that can be adduced to rebut the presumption of accuracy and the first presumption of identity. The combined effect of the requirements set out in s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) *Cr. C.* is to preclude the *Carter* defence in its previous form. The accused can no longer simply present a *Carter* defence. Rather, he or she must (1) raise a doubt that the instrument was functioning or was operated properly, (2) show that the malfunction or improper operation of the instrument resulted in the determination that his or her blood alcohol level exceeded the legal limit, and (3) show that his or her blood alcohol level would not in fact have exceeded that limit at the time when the offence was alleged to have been committed. I cannot accept the interpretation according to which the third of these requirements from s. 258(1)(c) *Cr. C.* is not in fact a distinct requirement but follows from proof of the first two (*Powichrowski*, at para. 31). The wording of the English version of the provision makes it clear that this third requirement is indeed a separate one: the accused must produce evidence tending to show “three things”. Under the provisions as amended, mere evidence that a deficiency in the test process led to a result over .08 is not enough; Parliament also requires that the evidence raise a doubt that the blood alcohol level of the accused in fact exceeded .08. Whereas the evidence needed to satisfy the first two requirements relates to circumstances directly associated with the taking of samples using the instrument, a *Carter* defence will usually be needed to satisfy the third.

« preuve tendant à démontrer » établissait la même norme que l’expression « toute preuve contraire », soit le doute raisonnable (par. 17). L’utilisation des mots « de façon concluante » à l’al. 258(1)c) *C. cr.* n’a pas pour effet de rendre les présomptions irréfutables, car une preuve contraire peut toujours être présentée pour les mettre en échec.

### 2.3 Les moyens de preuve

[17] Les modifications législatives affectent les moyens de preuve pouvant être utilisés pour réfuter la présomption d’exactitude et la première présomption d’identité. Le jeu combiné des exigences des al. 258(1)c) et 258(1)d.01) *C. cr.* a pour effet d’écarter la défense de type *Carter* telle qu’elle était auparavant mise en œuvre. La personne accusée ne peut plus simplement se contenter de présenter une telle défense. Elle doit premièrement soulever un doute sur le bon fonctionnement ou l’utilisation correcte de l’appareil, deuxièmement démontrer que le taux d’alcoolémie supérieur à la limite légale indiqué par l’analyse résulte du mauvais fonctionnement ou de l’utilisation incorrecte de l’appareil, et, troisièmement, que son taux d’alcoolémie au moment où l’infraction aurait été commise ne dépassait pas cette limite. Je ne peux accepter l’interprétation voulant que le troisième élément de l’al. 258(1)c) *C. cr.* ne constitue pas une exigence supplémentaire, mais découle de la preuve des deux premiers éléments (*Powichrowski*, par. 31). Le texte anglais de la disposition fait clairement ressortir que ce troisième élément constitue une exigence distincte : la personne accusée doit présenter une preuve tendant à démontrer trois éléments (« *the following three things* »). La seule preuve d’une défaillance qui serait survenue dans le processus de prélèvement et aurait causé un résultat supérieur à 0,08 n’est pas suffisante selon le texte des dispositions modifiées; le législateur exige également que la preuve souleve un doute sur le fait que le taux d’alcoolémie de la personne accusée dépassait 0,08. Si les deux premières exigences requièrent une preuve fondée sur les circonstances entourant directement la prise des échantillons à l’aide de l’alcootest, la troisième requerra le plus souvent une défense de type *Carter*.



[18] In short, although the *Carter* defence may formerly have been sufficient to rebut the presumption of accuracy and the first presumption of identity, this is no longer the case. Two additional requirements must now be satisfied.

[19] Where an accused challenges the second presumption of identity — according to which, if a person's blood alcohol level exceeds .08 at the time of the analysis, the same is presumed to have been true at the time of the offence (s. 258(1)(d.1) *Cr. C.*) — he or she is not challenging the test results. Rather, the accused is arguing that, because he or she consumed alcohol shortly before the samples were taken, the result indicating a level exceeding .08 does not correspond to his or her blood alcohol level at the time when the offence was alleged to have been committed. Under the new provisions, the accused can rebut this presumption only by showing that his or her consumption of alcohol was consistent both with a blood alcohol level not exceeding .08 at the time of the offence and with the results of the breathalyzer test. A *Carter* defence is therefore required to discharge this burden.

### 3. Issues

[20] Three statutory provisions are in issue, and several arguments are raised against each of them. I will proceed as follows: First, I will consider whether the three requirements provided for in s. 258(1)(c) and clarified by s. 258(1)(d.01) are consistent with the right to be presumed innocent. Because I conclude that the second and third requirements are invalid, only the first requirement will then have to be reviewed in relation to the right to make full answer and defence. The arguments concerning the protection against self-incrimination will not be considered in relation to s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) *Cr. C.*, because they do not apply to them in light of my conclusions with respect to those provisions. I will then consider whether the two requirements established in s. 258(1)(d.1) are valid having regard to the right to be presumed innocent and the protection against self-incrimination. Finally, I will review the trial judge's decision and reasons in this case.

[18] En somme, alors que la défense de type *Carter* pouvait auparavant suffire pour repousser la présomption d'exactitude et la première présomption d'identité, ce n'est désormais plus le cas. Deux éléments additionnels doivent maintenant être établis.

[19] En cas de contestation de la deuxième présomption d'identité — celle précisant que, si le taux d'alcool est supérieur à 0,08 au moment de l'analyse, il est présumé l'avoir été aussi au moment de l'infraction (al. 258(1)d.1) *C. cr.*) —, la personne accusée ne remet pas en cause les résultats des analyses. Elle prétend plutôt que, parce qu'elle a consommé de l'alcool peu de temps avant les analyses, le résultat indiquant un taux supérieur à 0,08 ne correspond pas à son alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise. En vertu des nouvelles dispositions, la personne accusée ne peut réfuter cette présomption qu'en démontrant que sa consommation d'alcool est compatible à la fois avec une alcoolémie ne dépassant pas 0,08 au moment de l'infraction et avec les résultats de l'alcootest. Pour s'acquitter de ce fardeau, la personne accusée doit donc présenter une défense de type *Carter*.

### 3. Questions en litige

[20] Trois dispositions législatives sont contestées et plusieurs arguments sont soulevés à l'encontre de chacune d'elles. L'ordre que je suivrai est le suivant : je vérifierai d'abord si les trois exigences qui sont prévues à l'al. 258(1)c) et précisées à l'al. 258(1)d.01) sont conformes à la présomption d'innocence. Compte tenu de ma conclusion que les deuxième et troisième exigences sont invalides, seule la première exigence devra être étudiée au regard du droit à une défense pleine et entière. Les arguments concernant la protection contre l'auto-incrimination ne seront pas considérés en relation avec les al. 258(1)c) et 258(1)d.01) *C. cr.*, parce qu'ils n'ont pas d'objet eu égard à ce qui est retenu de ces dispositions. J'examinerai ensuite la validité des deux exigences établies à l'al. 258(1)d.1) au regard du droit à la présomption d'innocence et de la protection contre l'auto-incrimination. Enfin, j'examinerai la décision et les motifs du juge de première instance dans la présente affaire.

4. Compatibility of Section 258(1)(c) and Section 258(1)(d.01) with the Right to Be Presumed Innocent (Section 11(d) of the Charter)

4.1 *Do these Provisions Infringe the Protected Right?*

[21] If the conditions for the taking of breath samples set out in s. 258(1)(c) are met, the trial judge *must* find that the test results adduced in evidence by the prosecution are, as indicated in that same provision, conclusive proof, for the purposes of the charge, of the blood alcohol level of the accused both at the time when the analyses were made and at the time when the offence was alleged to have been committed unless the accused succeeds in rebutting the presumptions of accuracy and identity.

[22] In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and in several subsequent cases, the Court considered statutory presumptions adopted to facilitate the prosecution's task. Under the statutory provision at issue in *Oakes*, possession of a narcotic gave rise to a presumption against the accused that he or she had the intention to traffic in that substance. The prosecution was thus exempted from proving an essential element of the offence, namely the intention to traffic in a narcotic, and the onus was on the defence to disprove this element. Another presumption was considered in *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10. Under s. 195(2) *Cr. C.* (now s. 212(3)), living with or being habitually in the company of prostitutes gave rise to a presumption that the person in question was living on the avails of prostitution. Like the provision at issue in *Oakes*, the one at issue in *Downey* required the defence to raise a doubt with respect to an essential element of the offence.

[23] The statutory presumptions established in s. 258(1)(c) *Cr. C.* operate differently than the ones at issue in *Oakes* and *Downey*. Section 258(1)(c) does not exempt the prosecution from proving that the blood alcohol level of the accused exceeded the legal limit, which is an essential element of

4. Conformité des al. 258(1)c) et 258(1)d.01) avec la présomption d'innocence (al. 11d) de la Charte)

4.1 *Ces dispositions portent-elles atteinte au droit garanti?*

[21] Lorsque les conditions de l'al. 258(1)c) relatives au prélèvement d'échantillons d'haleine sont réunies, le juge du procès *doit* conclure que les résultats d'analyses mis en preuve par la poursuite font, tels qu'interprétés par la disposition, foi de l'alcoolémie de la personne accusée pour les besoins de l'accusation, tant au moment des analyses qu'à celui où l'infraction aurait été commise, à moins qu'elle ne réussisse à réfuter les présomptions d'exactitude et d'identité.

[22] Dans l'affaire *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et à plusieurs occasions depuis, la Cour a eu l'occasion de se pencher sur des présomptions légales facilitant la tâche de la poursuite. En vertu de la disposition législative étudiée dans *Oakes*, la possession d'un stupéfiant faisait naître à l'encontre de la personne accusée une présomption que celle-ci avait eu l'intention de se livrer au trafic de cette substance. La poursuite était ainsi dispensée de faire la preuve d'un élément essentiel de l'infraction, soit l'intention de faire le trafic d'un stupéfiant, et il incombait à la défense de réfuter l'existence de cet élément. Une autre présomption a été examinée dans *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10. Aux termes du par. 195(2) *C. cr.* (maintenant le par. 212(3)), le fait de vivre ou de se trouver habituellement en compagnie de prostitués faisait naître une présomption que la personne vivait des produits de la prostitution. Comme pour la disposition en cause dans *Oakes*, celle contestée dans *Downey* avait pour effet d'imposer à la défense l'obligation de soulever un doute quant à un élément essentiel de l'infraction.

[23] Les présomptions légales établies par l'al. 258(1)c) *C. cr.* fonctionnent de manière différente de celles que l'on retrouve dans *Oakes* et *Downey*. En effet, l'al. 258(1)c) ne dispense pas la poursuite de faire la preuve que la personne accusée avait une alcoolémie supérieure à la limite légale, un élément

the offence. However, in proving this essential element, the prosecution can rely on the test results without having to prove that they are valid. In sum, although the prosecution is not exempted from proving an essential element of the offence, the accused must nevertheless raise a doubt about a fact that the prosecution has not established in accordance with the rules of criminal evidence.

[24] A statutory presumption violates the right to be presumed innocent if its effect is that an accused person can be convicted even though the trier of fact has a reasonable doubt (*R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, at pp. 654-56; *Downey*, at p. 21). In *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, the Court stressed that the distinction between elements of the offence and other aspects of the charge is irrelevant to the analysis regarding the right to be presumed innocent. “If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused” (p. 18). What is important for the purpose of determining whether the right to be presumed innocent is violated is not whether the statutory presumption relates to an essential element of the offence, but whether it exempts the prosecution from establishing the guilt of the accused beyond a reasonable doubt before the accused must respond (*Oakes*, at p. 121; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 357). Thus, like the presumption at issue in *Oakes*, the ones established in s. 258(1)(c) will violate the right to be presumed innocent if they can result in the conviction of an accused in spite of a reasonable doubt that the accused is in fact guilty.

[25] It is therefore necessary to inquire into the effect of the presumptions of accuracy and identity provided for in s. 258(1)(c) *Cr. C.* The expert evidence filed in the instant case reveals that the possibility of an instrument malfunctioning or being used improperly when breath samples are taken is

essentiel de l’infraction. Cependant, pour prouver cet élément essentiel, la poursuite peut s’appuyer sur des résultats d’analyses sans être tenue d’en démontrer la validité. En somme, quoique la poursuite ne soit pas dispensée d’apporter la preuve d’un élément essentiel de l’infraction, la personne accusée doit tout de même susciter un doute à l’égard d’un fait que la poursuite n’a pas établi en suivant les règles de la preuve du droit criminel.

[24] Une présomption légale porte atteinte à la présomption d’innocence si elle fait en sorte qu’une personne accusée peut être déclarée coupable alors qu’il subsiste un doute raisonnable dans l’esprit du juge des faits (*R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, p. 654-656; *Downey*, p. 21). Dans *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, la Cour a souligné que la distinction entre les éléments de l’infraction et d’autres aspects de l’accusation n’avait pas d’effet sur l’analyse de la présomption d’innocence. « Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d’être déclaré coupable, elle viole la présomption d’innocence parce qu’elle permet une déclaration de culpabilité malgré l’existence d’un doute raisonnable dans l’esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l’accusé » (p. 18). Ce qui importe pour les besoins de l’analyse de l’atteinte à la présomption d’innocence n’est pas de savoir si la présomption légale a trait à un élément essentiel de l’infraction, mais plutôt de déterminer si elle dispense la poursuite d’établir hors de tout doute raisonnable la culpabilité de la personne accusée avant que celle-ci n’ait à répondre (*Oakes*, p. 121; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, p. 357). Par conséquent, tout comme la présomption contestée dans *Oakes*, les présomptions de l’al. 258(1)(c) porteront atteinte à la présomption d’innocence si elles peuvent entraîner la condamnation d’une personne accusée malgré l’existence d’un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

[25] Il faut donc s’interroger sur l’effet des présomptions d’exactitude et d’identité prévues par l’al. 258(1)(c) *C. cr.* La preuve d’expertise produite dans la présente instance révèle que la possibilité de mauvais fonctionnement ou de mauvaise utilisation de l’appareil lors de la prise d’échantillons

not merely speculative, but is very real. The Alcohol Test Committee (“Committee”) of the Canadian Society of Forensic Science (“CSFS”) has made a series of recommendations concerning the procedures to be followed by the professionals who operate the instruments and verify that they are properly maintained: “Recommended Standards and Procedures of the Canadian Society of Forensic Science Alcohol Test Committee” (2009), 42 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 1. The Committee states that before collecting a breath sample, the qualified technician must, among other things, observe the test subject for 15 minutes, conduct a system blank test and a system calibration check, and verify the temperature of the alcohol standard, and that the alcohol standard must be changed after a certain number of calibration checks. The Committee also recommends that approved instruments be inspected on an annual basis to ensure that they continue to meet the manufacturer’s technical specifications. According to the Committee, the calibration and maintenance of instruments are essential “to the integrity of the breath test program” (p. 14).

[26] The Committee’s recommendations shed light on the circumstances that might explain how an instrument malfunctioned or was used improperly. Thus, human error can occur when samples are taken and at various steps in the maintenance of the instruments, which, it should be mentioned, are used Canada-wide. Hodgson’s report, which the prosecution itself relied on as a source of the statutory amendments, refers to the importance of proper operation and maintenance:

... to achieve scientifically sound results in operational use, user agencies must ensure that approved instruments are operated by qualified personnel using procedures based on good laboratory practice. [p. 83]

Moreover, Parliament recognized the importance of following such practices and procedures in s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01), since the accused can rebut the presumptions by showing that

d’haleine n’est pas fondée sur de simples conjectures, mais est bien réelle. Le Comité des analyses d’alcool (« Comité ») constitué sous l’égide de la Société canadienne des sciences judiciaires (« SCSJ ») a formulé un ensemble de recommandations relatives aux procédures que doivent suivre les professionnels qui opèrent les appareils et vérifient leur bon entretien : « Normes et procédures recommandées par la Société canadienne des sciences judiciaires — Comité des analyses d’alcool » (2009), 42 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 31. Avant de prélever un échantillon d’haleine, le Comité prévoit que le technicien qualifié doit notamment observer le sujet de l’analyse pendant 15 minutes, effectuer un test à blanc de l’appareil, vérifier l’étalonnage de l’appareil, vérifier la température de la solution d’alcool type et changer de solution d’alcool après un certain nombre d’utilisations. Par ailleurs, le Comité recommande que les appareils approuvés soient inspectés annuellement pour s’assurer qu’ils continuent de respecter les spécifications techniques du fabricant. Selon le Comité, l’étalonnage et l’entretien des appareils sont essentiels « afin de garantir l’intégrité du programme d’analyse de l’alcool dans l’haleine » (p. 45).

[26] Les recommandations du Comité font bien ressortir les circonstances qui pourraient expliquer un mauvais fonctionnement ou une utilisation incorrecte de l’appareil. Il peut donc se produire des erreurs humaines au cours du processus de prélèvement et aux diverses étapes d’entretien de ces appareils qui, il faut le noter, sont utilisés à travers tout le Canada. Le rapport Hodgson — que la poursuite elle-même a invoqué comme source des modifications législatives — fait état de l’importance d’une bonne manipulation et d’un bon entretien :

Pour parvenir à des résultats rigoureusement scientifiques lors de leur utilisation sur le terrain, les alcootests approuvés doivent être manipulés par du personnel qualifié suivant des procédures fondées sur de bonnes pratiques de laboratoire. [p. 97]

Le Parlement a d’ailleurs reconnu l’importance du respect de telles pratiques et procédures dans le texte des al. 258(1)c) et 258(1)d.01), puisque la personne accusée peut réfuter les présomptions en

the instrument was not properly maintained or operated.

[27] However, Parliament did not adopt the Committee's recommendations, and the prosecution referred to no alternative mechanisms that would enable a court to find that the instruments are generally maintained and operated properly or that the rate of failure attributable to improper maintenance or operation is insignificant. The trier of fact could therefore entertain a reasonable doubt about the validity of the test results, since he or she will not have shown why they can be relied on in the case of the accused who is on trial. But a judge who entertains such a doubt will nevertheless remain bound by the statutory presumptions and will be required to convict the accused unless the accused rebuts those presumptions in accordance with the requirements of s. 258(1)(c). In view of the mechanism for applying the statutory presumptions established in s. 258(1)(c), I find that s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) infringe s. 11(d) of the *Charter*.

[28] I wish to stress, however, that it is not because the test results could differ from the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence that s. 258(1)(c) infringes the right to be presumed innocent. Rather, the infringement lies in the fact that, as Parliament recognized, the instruments can malfunction or be operated improperly, and therefore that the trier of fact could have a reasonable doubt about the guilt of the accused where the only evidence before him or her consists of the test results.

[29] A clear distinction must be drawn between the stage of determining whether protected rights have been infringed and that of determining whether the infringement is justified. Parliament may have had good reasons for enacting the legislation in question. For instance, the fact that evidence based on DNA analysis is scientifically reliable does not mean that taking DNA samples does not infringe a protected right. If the measures

démontrant que l'appareil n'a pas été bien entretenu ou manipulé.

[27] Le Parlement n'a cependant pas adopté les recommandations du Comité et la poursuite n'a pas fait état de mécanismes de rechange permettant à un tribunal de conclure que les appareils ont généralement été bien entretenus et utilisés ou que le taux de défaillance attribuable à un mauvais entretien ou à une utilisation incorrecte est négligeable. Le juge des faits pourrait donc entretenir un doute raisonnable quant à la validité des résultats d'analyses, car on ne lui aura pas démontré pourquoi il peut s'y fier dans le cas de la personne accusée qui subit son procès devant lui. Le juge qui entretient un tel doute demeure néanmoins tenu par les présomptions légales et devra prononcer une déclaration de culpabilité, à moins que la personne accusée ne repousse ces présomptions conformément aux exigences de l'al. 258(1)c). Compte tenu du mécanisme d'application des présomptions légales prévues à l'al. 258(1)c), je conclus que les al. 258(1)c) et 258(1)d.01) portent atteinte à l'al. 11d) de la *Charte*.

[28] Je tiens toutefois à souligner que ce n'est pas parce qu'il peut y avoir une divergence entre les résultats d'analyses et le taux d'alcoolémie de la personne accusée au moment de l'infraction reprochée que l'al. 258(1)c) porte atteinte à la présomption d'innocence. L'atteinte découle plutôt du fait que, comme le reconnaît le Parlement, l'appareil peut mal fonctionner ou avoir été mal utilisé, et donc que le juge des faits peut avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de la personne accusée lorsque la preuve qui lui est soumise est constituée des seuls résultats d'analyses.

[29] Il y a lieu de bien distinguer l'étape de l'atteinte aux droits protégés de celle de la justification. Le Parlement peut avoir eu de bonnes raisons d'adopter un régime législatif donné. Par exemple, ce n'est pas parce qu'une preuve fondée sur une analyse génétique est scientifiquement fiable qu'un prélèvement de matière génétique n'enfreint pas un droit protégé. Si les mesures choisies par le Parlement enfreignent les droits protégés par la

adopted by Parliament infringe *Charter* rights, the court determining whether the impugned measures are constitutional must consider the justification given for them.

#### 4.2 *Is the Infringement Justified?*

[30] This Court has recognized in a number of cases that a statutory presumption that infringes s. 11(d) of the *Charter* can nevertheless be justified under s. 1 of the *Charter*: *Whyte; Downey; R. v. Hummel* (1987), 36 C.C.C. (3d) 8 (Ont. H.C.J.); *R. v. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150 (Ont. C.A.). According to the principles stated in those cases, the means available to the accused to rebut the presumption are relevant at the stage of justifying the infringement.

[31] Whether a statutory presumption can be justified under s. 1 depends on several factors, including the importance of the legislative objective, how difficult it would be for the prosecution to prove the substituted fact beyond a reasonable doubt, whether it is possible, and how easy it is, for the accused to rebut the presumption, and, as can be seen from the instant case, scientific advances.

[32] The test for determining whether a statutory provision that infringes a *Charter* right can nevertheless be justified under s. 1 is well known. It was established in *Oakes*.

[33] Parliament's decision to resort to the presumptions of accuracy and identity to help combat the problems resulting from drinking and driving is not at issue in this appeal; rather, what are at issue are the means available to rebut those presumptions. Parliament intended to limit the evidence that can be adduced to raise a reasonable doubt about the reliability of the test results. As can be seen from the legislative history, the objective of the amendments, which form part of a scheme whose purpose is to "reduc[e] the carnage caused by impaired driving" (*Orbanski*, at para. 55), was to give the reliability of the test results a weight consistent with their scientific value.

*Charte*, le tribunal chargé d'évaluer la constitutionnalité des mesures contestées doit examiner la justification avancée.

#### 4.2 *L'atteinte est-elle justifiée?*

[30] Notre Cour a maintes fois reconnu qu'une présomption légale portant atteinte à l'al. 11d) de la *Charte* peut néanmoins être justifiée conformément à l'article premier de la *Charte* : *Whyte; Downey; R. c. Hummel* (1987), 36 C.C.C. (3d) 8 (H.C.J. Ont.); *R. c. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150 (C.A. Ont.). Suivant les principes énoncés dans ces arrêts, les moyens dont dispose la personne accusée pour réfuter la présomption sont pertinents au stade de la justification de l'atteinte.

[31] La justification d'une présomption légale au regard de l'article premier dépend de plusieurs facteurs, notamment des suivants : l'importance de l'objectif législatif, la difficulté pour la poursuite de prouver hors de tout doute raisonnable le fait substitué, la possibilité pour la personne accusée de repousser la présomption et la facilité avec laquelle elle peut le faire et, comme le révèle le présent cas, les progrès scientifiques.

[32] La grille d'analyse à suivre pour décider si une disposition législative portant atteinte à un droit garanti par la *Charte* est par ailleurs justifiée au regard de l'article premier est bien connue. Elle a été établie dans *Oakes*.

[33] La décision du Parlement de recourir aux présomptions d'exactitude et d'identité dans sa lutte contre les problèmes causés par l'alcool au volant n'est pas contestée dans le présent pourvoi; ce sont plutôt les moyens ouverts pour contrer ces présomptions qui le sont. Le Parlement a voulu limiter la preuve susceptible d'être présentée pour soulever un doute raisonnable concernant la fiabilité des résultats des analyses. Comme le révèle l'historique des modifications législatives, celles-ci s'inscrivent dans un régime ayant pour but de « réduire le carnage attribuable à l'alcool au volant » (*Orbanski*, par. 55) et elles avaient pour objectif de conférer à la fiabilité des résultats des analyses un poids qui corresponde à la valeur scientifique de ces résultats.

[34] The reliability of breathalyzer tests was explicitly mentioned in the abstract of Hodgson's report:

The scientific basis for evidential breath alcohol testing is well established. Experiments derived from a recognized scientific law in physics have proven the scientific validity of breath analysis to determine alcohol concentration in the blood. Instruments designed to measure breath alcohol content are based on technology that is capable of producing scientifically sound results. Like Canada, every country that embarks on evidential breath alcohol analysis subjects these instruments to a rigorous evaluation process. These processes determine whether the instruments meet the scientific standards for accuracy, precision, reliability and specificity. [p. 83]

[35] Specific evidence concerning the reliability of the Alco-Sensor IV-RBT IV and Intoxilyzer 5000C instruments was first adduced in *R. v. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, [2010] R.J.Q. 2610, a case also heard by Judge Chapdelaine, who presided over the respondent's trial. The parties consented to the filing of that evidence in the case at bar (2010 QCCQ 8552 (CanLII)). In *Drolet*, Judge Chapdelaine found that, as a whole, the scientific evidence produced by the Attorney General of Quebec, the Barreau du Québec and the Association québécoise des avocats et avocates de la défense provided [TRANSLATION] "ample" proof of the reliability of the instruments in question (para. 189).

[36] Both Hodgson's report and the comments of Judge Duncan in *Powichrowski* illustrate the problems associated with evidence of breathalyzer test results under the former legislative scheme: such evidence could be rejected on the basis of the testimony of the accused, which was sometimes characterized as subjective recollection. Because it was hard to rely on the test results as effective evidence, the presumptions were less useful than they might have been, and the prosecution was hindered in its efforts to combat drinking and driving. I find that the objective of the amendments — to give the results a weight consistent with their scientific value — is pressing and substantial. As I have already mentioned, however, the three requirements of s. 258(1)(c) are in fact separate, and cumulative.

[34] La fiabilité des alcootests fait l'objet de mentions explicites dans le résumé du rapport Hodgson :

Le fondement scientifique de la preuve recueillie au moyen d'un alcootest est bien établi. Des expériences dérivées d'une loi scientifique reconnue en physique ont prouvé la validité scientifique de l'analyse de l'haleine pour déterminer la concentration d'alcool dans le sang. Les instruments conçus pour mesurer la teneur en alcool de l'haleine s'appuient sur une technologie qui est capable de produire des résultats rigoureusement scientifiques. À l'instar du Canada, chaque pays qui adopte l'utilisation d'alcootests à des fins de preuve assujettit ces instruments à un processus d'évaluation rigoureux. Ces processus déterminent si les instruments répondent aux normes scientifiques relatives à l'exactitude, à la précision, à la fiabilité et à la spécificité. [p. 97]

[35] Une preuve particularisée de la fiabilité des appareils Alco-Sensor IV-RBT IV et Intoxilyzer 5000C a d'abord été produite dans l'affaire *R. c. Drolet*, 2010 QCCQ 7719, [2010] R.J.Q. 2610, elle aussi entendue par le juge Chapdelaine, qui a présidé le procès de l'intimée. En l'espèce, les parties ont consenti à ce que cette preuve soit versée au dossier (2010 QCCQ 8552 (CanLII)). Dans l'affaire *Drolet*, le juge Chapdelaine a conclu que l'ensemble de la preuve scientifique présentée par le procureur général du Québec, le Barreau du Québec et l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense établissait « amplement » la fiabilité des appareils en question (par. 189).

[36] Tant le rapport Hodgson que les commentaires du juge Duncan dans *Powichrowski* font bien ressortir les difficultés que soulevait la preuve des résultats des alcootests sous l'ancien régime législatif, car ceux-ci pouvaient être rejetés sur la foi du témoignage de la personne accusée, témoignage parfois qualifié de souvenir subjectif. La difficulté d'invoquer efficacement les résultats des analyses diminuait l'utilité des présomptions et entravait les efforts déployés par la poursuite pour combattre l'alcool au volant. Je reconnais que l'objectif des modifications — à savoir conférer aux résultats un poids compatible avec leur valeur scientifique — est urgent et réel. Comme je l'ai cependant déjà souligné, les trois éléments prévus à l'al. 258(1)c) constituent en fait trois exigences distinctes

I will consider them separately for the remainder of the justification analysis under s. 1 of the *Charter*.

#### 4.2.1 Evidence of the Malfunction or Improper Operation of the Instrument

[37] Once the objective has been found to be valid, the *Oakes* test requires that a rational connection be established between the objective and the means adopted to attain it. It is clear from the words of s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) *Cr. C.* that evidence relating directly to the instrument itself or to its operation is now required in order to cast doubt on the reliability of breathalyzer test results. A mere inference based on an individual's rate of absorption or elimination of alcohol, which is what was required for a *Carter* defence, is no longer enough. The accused must now raise a doubt that the instrument was functioning or was operated properly.

[38] In my opinion, the requirement that the accused adduce evidence concerning the functioning or operation of the instrument is rationally connected with Parliament's objective. According to the scientific evidence on which Parliament relied, if the instrument functions properly and all the relevant procedures are followed, the results should be reliable. It is therefore logical to provide that the results can be challenged only by raising problems that can be objectively identified and that relate to possible deficiencies in the instrument itself or in the procedure followed in operating it.

[39] In addition to establishing a rational connection, the appellants had to show that the measure violates the right to be presumed innocent as little as reasonably possible (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 772). In the minimal impairment inquiry, the court must not second-guess Parliament and try to identify the least intrusive solution. In *Downey*, this Court stated that "Parliament is not required to choose the absolutely least intrusive alternative in order to satisfy this branch of the analysis. Rather the issue is 'whether Parliament could reasonably have chosen

et cumulatives. Ces éléments seront analysés séparément pour la suite de l'analyse de la justification fondée sur l'article premier de la *Charte*.

#### 4.2.1 Preuve du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'appareil

[37] Suivant la grille d'analyse établie dans l'arrêt *Oakes*, une fois la validité de l'objectif reconnue, le lien rationnel entre cet objectif et les moyens mis en œuvre pour le réaliser doit être établi. Le texte des al. 258(1)(c) et 258(1)(d.01) *C. cr.* démontre clairement qu'une preuve ayant directement trait à l'appareil ou à son utilisation est dorénavant requise pour mettre en doute la fiabilité des résultats de l'alcootest. Une simple inférence fondée sur le taux d'absorption ou d'élimination de l'alcool par une personne, comme c'était le cas lorsqu'une défense de type *Carter* était présentée, ne suffit plus. La personne accusée doit désormais soulever un doute quant au bon fonctionnement ou à l'utilisation correcte de l'appareil.

[38] L'obligation d'apporter une preuve ciblant le fonctionnement ou l'utilisation de l'appareil présente, à mon avis, un lien rationnel avec l'objectif visé par le législateur. La preuve scientifique sur laquelle se base ce dernier indique que, si l'appareil fonctionne correctement et si toutes les procédures sont suivies, les résultats devraient être fiables. Il est donc logique de requérir de la personne qui conteste ces résultats de se limiter à des problèmes objectivement identifiables et visant les possibles défaillances de l'appareil ou de la procédure suivie lors de son utilisation.

[39] Outre l'existence d'un lien rationnel, les appelants devaient démontrer que la mesure porte aussi peu atteinte qu'il est raisonnablement possible de le faire à la présomption d'innocence (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 772). En faisant l'examen de l'atteinte minimale, le tribunal ne doit pas se substituer au législateur et tenter de concevoir la solution la moins attentatoire. Dans l'arrêt *Downey*, notre Cour a précisé que « le législateur n'est pas tenu de choisir le moyen le moins envahissant, dans l'absolu, pour satisfaire à cette partie de l'analyse. La question



an alternative means which would have achieved the identified objective as effectively” (p. 37, quoting *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1341). The latitude accorded to Parliament depends largely on the context. Hence, penal legislation that directly threatens a person’s liberty will be assessed differently than a complex regulatory response to a social problem (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at paras. 35 and 37).

[40] The reliability of breathalyzer tests has been recognized in Hodgson’s report, as well as by expert witnesses across the country (for example, Brian Image, James Wigmore, Kerry Blake and Robert Langille), by several courts (the Alberta Provincial Court in *R. v. Duff*, 2010 ABPC 319, 501 A.R. 122, the British Columbia Provincial Court in *R. v. Gillespie*, 2010 BCPC 207 (CanLII), the Ontario Court of Justice in *Powichrowski* and in *R. v. Muzuva* (2010), 206 C.R.R. (2d) 18, and the Court of Québec in *R. v. Cayer*, 2010 QCCQ 9352 (CanLII)), and by the judge who heard the respondent’s case. Thus, the validity of Parliament’s chosen method is supported by scientific evidence that is accepted by the scientific and legal communities.

[41] It should also be mentioned that the new provisions do not make it impossible to disprove the test results. Rather, Parliament has recognized that the results will be reliable only if the instruments are operated and maintained properly, and that there might be deficiencies in the maintenance of the instruments or in the test process. What the new provisions require is that evidence tending to cast doubt on the reliability of the results relate directly to such deficiencies.

[42] Since the nature and scope of the evidence that might be considered relevant has not been argued on this appeal, it would not be appropriate to rule on the specific limits of that evidence. I will merely note that, in light of the evidence accepted by the trial judge, there are several pieces

est plutôt “de savoir si le législateur aurait pu raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait permis d’atteindre de façon aussi efficace l’objectif identifié” » (p. 37, citant *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1341). La latitude accordée au législateur est largement tributaire du contexte. En effet, une loi pénale qui menace directement la liberté d’une personne sera évaluée différemment d’une mesure réglementaire complexe visant à remédier à un problème social (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 35 et 37).

[40] La fiabilité des alcootests a été reconnue dans le rapport Hodgson ainsi que par des témoins experts à travers le pays (à titre d’exemple Brian Image, James Wigmore, Kerry Blake et Robert Langille), par plusieurs tribunaux (la Cour provinciale de l’Alberta dans *R. c. Duff*, 2010 ABPC 319, 501 A.R. 122, la Cour provinciale de la Colombie-Britannique dans *R. c. Gillespie*, 2010 BCPC 207 (CanLII), la Cour de justice de l’Ontario dans *Powichrowski* et dans *R. c. Muzuva* (2010), 206 C.R.R. (2d) 18, la Cour du Québec dans *R. c. Cayer*, 2010 QCCQ 9352 (CanLII)), et par le juge saisi du cas de l’intimée. Le bien-fondé du moyen choisi par le Parlement est donc soutenu par une preuve scientifique acceptée par les communautés scientifique et juridique.

[41] Par ailleurs, il convient de souligner que les nouvelles dispositions n’ont pas pour effet de rendre irréfutables les résultats des analyses. Elles reconnaissent plutôt que les résultats ne seront fiables que dans la mesure où les appareils sont bien utilisés et bien entretenus, et que des défaillances peuvent survenir dans l’entretien ou le processus d’analyse. Ce que les nouvelles dispositions exigent, c’est que la preuve tendant à remettre en question la fiabilité des résultats porte directement sur de telles défaillances.

[42] Comme la nature et l’étendue de la preuve qui pourrait être jugée pertinente n’ont pas fait l’objet d’un débat contradictoire dans le présent pourvoi, il ne convient pas d’en étudier les limites précises. Je me contenterai de signaler que, suivant la preuve retenue par le juge de première instance, lors d’une

of evidence that can be provided to a person who is charged under s. 253(1)(b) *Cr. C.*, including the breathalyzer readings, the qualified technician's certificate and the analyst's certificate concerning the sample of the alcohol standard.

[43] In its recommendations, the CSFS Committee also suggested mechanisms for ensuring that the instruments function properly and for assuring the quality of breath alcohol analyses. It can be inferred from these recommendations that the instruments may not function optimally if the suggested procedures are not followed.

[44] The Barreau du Québec and the Association québécoise des avocats et avocates de la défense argue on the basis of Judge Lortie's decision in *R. v. Laforge*, 2010 QCCQ 7718, [2010] R.J.Q. 2537, that Parliament could have opted for a less intrusive statutory amendment. In *Laforge*, Judge Lortie expressed the view that Parliament could simply have allowed the accused to present a *Carter* defence, but authorized the trier of fact to assess the credibility of the accused in light of the breathalyzer test results (at para. 272):

[TRANSLATION] Bill C-2 was clearly meant to be a response to *Boucher*, in which it was held that breathalyzer test results could not be considered in assessing credibility. In this context, Parliament could have amended the legislation to authorize such an assessment. Thus, the trial judge would exercise his or her discretion and assess the consumption theory of the accused in light of the evidence as a whole. In other words, a *St. Pierre* amendment that is less intrusive and would be held to be valid by the courts.

[45] The scientific data presented at the time of the enactment of the new provisions show that Parliament intended to do more than simply adjust the wording that had been interpreted in *Boucher*. Apart from the theoretical difficulties involved in assessing the credibility of the accused on the basis of test results that are presumed to be accurate, returning to a *Carter* defence would make it impossible to meet Parliament's objective. Absent statutory provisions to the effect that the results are to prevail, judges would still be faced with the problem the amendments were actually intended to

accusation fondée sur l'al. 253(1)b) *C. cr.*, plusieurs éléments de preuve peuvent être transmis à la personne accusée, par exemple les relevés de l'alcootest, le certificat du technicien qualifié et celui de l'analyste concernant l'échantillon d'alcool type.

[43] Dans ses recommandations, le Comité de la SCSJ suggère également des mécanismes pour assurer le bon fonctionnement des appareils et la qualité des analyses d'alcoolémie. Il est possible d'inférer de ces recommandations que, si les procédures suggérées ne sont pas suivies, le fonctionnement des appareils pourrait ne pas être optimal.

[44] Invoquant la décision du juge Lortie dans *R. c. Laforge*, 2010 QCCQ 7718, [2010] R.J.Q. 2537, le Barreau du Québec et l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense soutiennent que le législateur aurait pu opter pour une modification législative moins attentatoire. Dans *Laforge*, le juge Lortie a émis l'opinion que le législateur aurait pu simplement permettre la présentation d'une défense de type *Carter*, mais autoriser le juge des faits à évaluer la crédibilité de la personne accusée à la lumière des résultats de l'alcootest (par. 272) :

Visiblement, la loi C-2 se voulait une réponse à l'arrêt *Boucher*, qui a interdit de prendre en compte les résultats de l'alcootest pour apprécier la crédibilité. Dans ce contexte, le législateur aurait pu amender le texte pour autoriser une telle évaluation. Ainsi, le juge du procès exercerait sa discrétion et évaluerait le scénario de consommation de l'accusé à la lumière de l'ensemble de la preuve. Autrement dit, un amendement de type *St. Pierre*, moins envahissant, reconnu valide par les tribunaux.

[45] Les données scientifiques avancées lors de l'adoption des nouvelles dispositions montrent que le Parlement a voulu aller au-delà d'un simple ajustement du texte qui a été interprété dans l'arrêt *Boucher*. Indépendamment des difficultés théoriques que soulève l'appréciation de la crédibilité de la personne accusée au regard de résultats d'analyses présumés exacts, le retour à une défense de type *Carter* ne permettrait pas d'atteindre l'objectif poursuivi. En effet, en l'absence de dispositions législatives établissant la primauté des résultats, les juges feraient toujours face au problème que les

solve. If the testimony of the accused concerning his or her consumption of alcohol were accepted, it could raise a reasonable doubt about the reliability of the test results despite the fact that it has now been shown that the success rate of this defence is hard to justify in light of the scientific reliability of the instruments. It was appropriate for Parliament to enact provisions that would spare the prosecution the burden of tendering evidence of scientific reliability in every case.

[46] I accordingly conclude that requiring evidence aimed at establishing that the instrument malfunctioned or was operated improperly satisfies the minimal impairment test.

[47] What remains to be determined is whether the advantages of this requirement outweigh its disadvantages. For this, it is necessary to examine the consequences of the measure. The limits that flow from the requirement have a significant effect on the defences available to the accused, as it is now more difficult to rebut the presumptions. The evidence to be adduced is more complex. The accused must retain a technician or an expert to determine whether the instrument malfunctioned or was operated improperly. It is impossible for a layperson to do this. However, it should be borne in mind that the *Carter* defence also required the accused to retain an expert.

[48] The prosecution gains a clear, albeit limited, advantage from the requirement, since evidence to the contrary is limited to the real issue: whether the test results are reliable. The evidence to be tendered relates directly to an instrument that is under the prosecution's control. The prosecution must of course disclose certain information concerning the maintenance and operation of the instrument, but it is free to establish procedures for tracking how such instruments are maintained and operated. Moreover, the prosecution has control over the people who maintain and operate the instruments.

[49] At first glance, the advantages of limiting the evidence the accused can adduce in order to

modifications législatives ont justement pour but de résoudre. S'il était retenu, le témoignage de la personne accusée sur sa consommation d'alcool serait susceptible de soulever un doute raisonnable sur la fiabilité des résultats des analyses, alors qu'il est maintenant démontré que le taux de succès de cette défense est difficilement justifiable compte tenu de la fiabilité scientifique des appareils. Le Parlement pouvait à juste titre adopter des dispositions épargnant à la poursuite le fardeau de présenter une preuve de fiabilité scientifique dans chaque dossier.

[46] Par conséquent, je conclus que le fait d'exiger une preuve qui s'attaque au bon fonctionnement ou à l'utilisation correcte de l'appareil satisfait au critère de l'atteinte minimale.

[47] Il reste à décider si les avantages de cette exigence l'emportent sur ses inconvénients. Cette analyse requiert l'examen des conséquences de la mesure. L'effet des limites résultant de cette exigence sur les moyens de défense ouverts à la personne accusée est important. La réfutation des présomptions s'en trouve plus difficile. La complexité de la preuve est augmentée. La personne accusée doit faire appel à un technicien ou à un expert pour examiner le fonctionnement ou l'utilisation de l'appareil. Ces notions ne sont pas à la portée du profane. Toutefois, il faut souligner qu'une défense de type *Carter* impliquait elle aussi que la personne accusée retienne les services d'un expert.

[48] L'exigence comporte un avantage évident — quoique limité — pour la poursuite. En effet, la preuve contraire est limitée à la question qui est réellement en litige, soit la fiabilité des résultats des analyses. Les moyens de preuve portent directement sur un appareil qui relève de la poursuite. Celle-ci devra certes donner accès à certaines informations concernant l'entretien et la manipulation de l'appareil, mais elle est libre d'instaurer des procédures qui permettent de retracer la façon dont les appareils sont entretenus et utilisés. De plus, les personnes qui entretiennent et utilisent les appareils relèvent également de la poursuite.

[49] Au premier abord, les avantages découlant du fait de limiter au bon fonctionnement ou

rebut the presumptions to evidence that the instrument malfunctioned or was operated improperly appear to outweigh the disadvantages of this measure. However, since this particular requirement forms part of a broader legislative scheme, I must consider the other requirements before concluding that it is justified.

#### 4.2.2 Connection Between the Deficiency and the Determination of a Level Exceeding .08

[50] Section 258(1)(c) *Cr. C.* requires evidence tending to show not only that the instrument was malfunctioning or was operated improperly, but also that the malfunction or improper operation *resulted in* a reading according to which the blood alcohol level of the accused exceeded .08. This requirement furthers Parliament's objective of giving greater weight to the test results and thus passes the rational connection test.

[51] Whether the impairment resulting from this requirement is minimal is open to debate. The accused must prove that if his or her blood alcohol level exceeded the allowable maximum, it was because the instrument malfunctioned or was operated improperly. The burden of doing so seems at first glance to be quite heavy. No expert evidence was adduced to show how this connection can be proved. It is conceivable that evidence that an instrument has produced erratic results could raise a doubt that the results concerning an accused are reliable. However, it would be difficult for the accused to identify a specific malfunction and prove that it resulted in a reading according to which his or her blood alcohol level exceeded the legal limit. One can only speculate about the type of expert evidence the accused would need to produce for this purpose, but it would certainly have to be much more specific than the evidence needed to prove that the instrument was malfunctioning or was operated improperly.

[52] At this step in the defence process, it must be accepted that the judge will not consider evidence showing a connection between a deficiency and the determination that the blood alcohol level

à l'utilisation correcte de l'appareil la preuve que peut invoquer la personne accusée pour contrer les présomptions paraissent primer les inconvénients d'une telle mesure. Cependant, comme cette exigence particulière s'insère dans un régime législatif plus vaste, il y a lieu d'examiner les autres exigences avant de conclure qu'elle est justifiée.

#### 4.2.2 Lien entre la défaillance et un taux supérieur à 0,08

[50] L'alinéa 258(1)c) *C. cr.* requiert une preuve tendant à démontrer non seulement que l'appareil a mal fonctionné ou a été utilisé incorrectement, mais également que le problème de fonctionnement ou d'utilisation a *causé* une lecture d'alcoolémie supérieure à 0,08. Cette exigence favorise l'objectif du Parlement, à savoir rehausser la valeur probante des résultats des analyses et satisfait donc le critère du lien rationnel.

[51] La question de savoir si nous sommes ou non en présence d'une atteinte minimale est discutable. La personne accusée doit prouver que si son alcoolémie a été supérieure au maximum permis, c'est en raison d'un mauvais fonctionnement ou d'une mauvaise utilisation de l'appareil. Ce fardeau paraît, à première vue, plutôt lourd. Aucune preuve d'expert n'a été présentée pour démontrer comment ce lien pouvait être prouvé. On peut imaginer qu'une preuve établissant qu'un appareil a produit des résultats erratiques puisse soulever un doute sur la fiabilité des résultats dans le cas de la personne accusée. Il serait toutefois difficile pour la personne accusée de découvrir un problème de fonctionnement et de prouver que ce problème a causé une lecture d'alcoolémie supérieure à la limite légale. On ne peut que formuler des hypothèses quant au type d'expertise auquel la personne accusée devrait avoir recours, mais il est certain qu'une telle preuve devrait être beaucoup plus précise que ce qui est nécessaire pour prouver le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil.

[52] À ce stade de la présentation de la défense, il faut accepter que le juge ne se pencherait sur la preuve du lien entre une défaillance et l'indication d'une alcoolémie supérieure à la limite légale que

of the accused exceeded the legal limit unless the accused has already proved that the instrument was malfunctioning or was operated improperly. At this stage, if the arguments made by the defence are frivolous or trivial, they will not cast doubt on the proper functioning or operation of the instrument, and the defence must fail. The facts of *Crosthwait* provide a good illustration of this. In that case, the accused had tried to raise a doubt that the instrument had functioned properly by arguing that the technician had not compared the air temperature with the temperature of the solution before making the analyses. The mere possibility that the instrument had malfunctioned was not evidence to the contrary that could cast doubt on the reliability of the results.

[53] Thus, it is necessary to proceed on the basis that the accused must not simply show that a deficiency is possible, but raise a real doubt that the instrument was functioning or operated properly. In short, if Parliament's objective was to eliminate frivolous cases, that objective would be achieved through the assessment of the evidence by the trier of fact. To enable the prosecution to benefit from the presumptions even though a real doubt has been raised about the results of breathalyzer tests amounts in practice to a reverse onus. Iacobucci J.'s comments in *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791, at par. 56, regarding the presumption of identity are very relevant here:

If this position is accepted, and the materiality of the evidence of the accused depends upon reference to the legal limit, a grey area exists between the breathalyzer result and the legal limit, and the burden of clarifying this will be placed on the accused when, in fact, the burden should rest with the Crown to prove its case.

[54] I note that in *St. Pierre*, the Court commented on the rules with respect to the evidence to the contrary that the accused had to adduce to rebut the presumption of accuracy and distinguished that evidence from the evidence needed to rebut the presumption of identity. But Iacobucci J.'s comments on the presumption of accuracy were based on the conclusions from *Crosthwait*, in which

dans le cas où la personne accusée aurait prouvé le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil. À cette étape, si les arguments invoqués par la défense sont futiles ou anodins, ils ne soulèveront pas de doute sur le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil, et le moyen de défense ne pourra être retenu. Les faits de l'arrêt *Crosthwait* illustrent bien une telle situation. Dans cette affaire, la personne accusée avait tenté de mettre en doute le bon fonctionnement de l'appareil en plaçant que le technicien n'avait pas comparé la température ambiante avec celle de la solution avant de faire les analyses. La simple possibilité que l'appareil n'ait pas bien fonctionné ne constituait pas une preuve contraire permettant de douter de la fiabilité des résultats.

[53] Il faut donc tenir pour acquis que la personne accusée doit non pas évoquer une simple possibilité de défaillance, mais plutôt soulever un doute réel sur le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil. En somme, si l'objectif poursuivi par le législateur est d'éliminer les cas futiles, il est atteint par l'appréciation de la preuve à laquelle se livre le juge des faits. Permettre à la poursuite de bénéficier des présomptions même si un doute réel a été soulevé relativement aux résultats des alcootests constitue en pratique un renversement du fardeau de preuve. Les commentaires qu'a faits le juge Iacobucci à l'égard de la présomption d'identité dans *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791, par. 56, sont très pertinents en l'espèce :

Si cette position était acceptée, et que le caractère substantiel de la preuve de l'accusé est établi en fonction de la limite fixée dans la loi, il existerait une zone d'incertitude entre les résultats de l'alcootest et la limite légale, et il incomberait à l'accusé de dissiper l'incertitude alors qu'en fait, c'est au ministère public que revient l'obligation de prouver l'accusation.

[54] Je note que dans *St. Pierre*, la Cour a fait des commentaires sur les mécanismes d'application de la preuve contraire que la personne accusée devait présenter pour écarter la présomption d'exactitude et elle a distingué cette preuve de celle requise à l'égard de la présomption d'identité. Le juge Iacobucci a cependant appuyé ses commentaires concernant la présomption d'exactitude sur les

Pigeon J. had held that to rebut the presumption of accuracy, the accused had to raise a reasonable doubt “as to [his or her] blood alcohol content . . . being over the allowable maximum” (p. 1101). However, not only was it not argued in *Crosthwait* that the right to be presumed innocent had been infringed, but Pigeon J.’s comment was premised on the fact that “any evidence tending to invalidate the result of the tests [could thus] be adduced on behalf of the accused in order to dispute the charge against him” (p. 1100 (emphasis added)). The context of the new provisions is completely different. To satisfy the second requirement and raise a doubt that his or her blood alcohol level exceeded the allowable maximum, an accused cannot rely on his or her consumption of alcohol (s. 258(1)(d.01) *Cr. C.*).

[55] The presumption of accuracy was not at issue in *St. Pierre*. Nevertheless, I note that the legislative context of this presumption was the same in that case as in *Crosthwait*, that is, it could be rebutted by “evidence to the contrary” (s. 25(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, as applicable to s. 258(1)(g) *Cr. C.*; see *Crosthwait*, at pp. 1099-1100). Moreover, this Court has not had to consider the constitutionality of the presumption of accuracy until now. I therefore endorse, in the context of the new provisions on the presumption of accuracy, the following comment that Arbour J.A. had made in dissent in *St. Pierre*, and with which Iacobucci J. agreed (at para. 22):

To the extent that *Crosthwait*, *supra*, held that “evidence to the contrary” in s. 258(1)(c) means evidence tending to show that the accused’s blood alcohol content at the time of the offence was below the permissible limit, it should not be applied in a case such as the present one. [para. 21]

[56] Insofar as the majority in *St. Pierre* followed the approach adopted by Pigeon J. in *Crosthwait* with respect to the requirement that the accused show that his or her blood alcohol level did not exceed .08 in order to rebut the presumption of

conclusions retenues dans *Crosthwait*. Dans cette affaire, le juge Pigeon avait conclu que, pour repousser la présomption d’exactitude, la personne accusée devait soulever un doute raisonnable sur le fait « que la concentration d’alcool dans [son sang] ait été supérieure au maximum permis » (p. 1101). Or, non seulement aucune atteinte à la présomption d’innocence n’avait été plaidée dans cet arrêt, mais les commentaires du juge Pigeon sont indissociables du fait que « toute preuve qui tend à invalider le résultat des tests [pouvait alors] être produite au nom de l’accusé afin de contester l’accusation portée contre lui » (p. 1100 (je souligne)). Le contexte des nouvelles dispositions est tout à fait différent. Pour satisfaire à la deuxième exigence et soulever un doute sur le fait que son alcoolémie était supérieure au maximum permis, la personne accusée ne peut se fonder sur sa consommation d’alcool (al. 258(1)d.01) *C. cr.*).

[55] Dans *St. Pierre*, la présomption d’exactitude n’était pas en cause. Je remarque tout de même que cette présomption s’appliquait dans le même contexte législatif que dans *Crosthwait*, c’est-à-dire qu’elle pouvait être repoussée par une « preuve contraire » (par. 25(1) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, applicable à l’al. 258(1)g) *C. cr.*; voir *Crosthwait*, p. 1099-1100). De surcroît, notre Cour n’a, jusqu’à ce jour, pas eu à examiner la constitutionnalité de la présomption d’exactitude. En conséquence, pour ce qui est des nouvelles dispositions concernant la présomption d’exactitude, je reprends à mon compte les propos qu’a formulés la juge Arbour, dans sa dissidence en Cour d’appel dans *St. Pierre*, mais auxquels a souscrit le juge Iacobucci (par. 22) :

[TRADUCTION] Dans la mesure où l’arrêt *Crosthwait*, précité, a décidé qu’une « preuve contraire » au sens de l’al. 258(1)c) était une preuve tendant à montrer que l’alcoolémie de l’accusé au moment de l’infraction était inférieure à la limite permise, il ne devrait pas être appliqué dans un cas comme la présente espèce. [par. 21]

[56] Dans la mesure où les motifs de la majorité dans *St. Pierre* reprennent l’approche énoncée par le juge Pigeon dans *Crosthwait* relativement à l’obligation faite à la personne accusée de démontrer que son alcoolémie n’était pas supérieure à

accuracy, their reasons must be reconsidered to take the constitutional argument into account. Although the requirement that the accused raise a doubt that his or her blood alcohol level in fact exceeded .08 could be justified when there were no limits on the evidence the defence could tender to cast doubt on the test results, it constitutes an excessive burden in the context of a statutory scheme under which the evidence must relate directly to the functioning or operation of the instrument.

[57] A consideration of the advantages and disadvantages of the second requirement of s. 258(1)(c) reinforces the conclusion that this requirement is not justified. Requiring that a connection be established between the deficiency in the functioning or operation of the instrument and the determination that the blood alcohol level of the accused exceeded the legal limit increases the burden on the defence significantly without reducing the expense to the prosecution. In *St. Pierre*, L'Heureux-Dubé J., dissenting, stressed that Parliament had established the presumption in s. 258(1)(c) *Cr. C.* "in clear recognition of the difficulty and expense of requiring expert evidence in virtually every alcohol-related driving offence" (para. 90). The scheme that has existed since the statutory amendments came into force is designed to require the prosecution to adduce technical evidence to counter an attempt to rebut the presumption of accuracy or the first presumption of identity. An accused who produces evidence to rebut one of these presumptions will do so by calling an expert, and the prosecution will have to call a technician, and possibly an expert. As a result, being the party that has to prove that there is no connection after the accused has adduced evidence to show that the instrument malfunctioned or was operated improperly does not impose a significant additional burden on the prosecution.

[58] Moreover, it is important to note that, where the accused raises a reasonable doubt that the instrument functioned or was operated properly, this simply means that the prosecution *loses the benefit of the presumptions* under s. 258(1)(c). The

0,08 pour repousser la présomption d'exactitude, ils doivent être réexaminés pour tenir compte de l'argument constitutionnel. Si l'obligation de soulever un doute sur le fait que l'alcoolémie excède 0,08 pouvait se justifier lorsque les moyens dont disposait la défense pour mettre en doute les résultats des analyses n'étaient pas limités, elle constitue toutefois un fardeau excessif lorsqu'elle s'insère dans un régime législatif qui exige une preuve ciblant directement le fonctionnement ou l'utilisation de l'appareil.

[57] L'examen des avantages et des inconvénients de la deuxième exigence de l'al. 258(1)c renforce la conclusion qu'elle n'est pas justifiée. L'obligation d'établir un lien entre la défaillance dans le fonctionnement ou l'utilisation de l'appareil et l'indication d'une alcoolémie supérieure à la limite légale alourdit de façon importante le fardeau de la défense, sans avoir pour effet de réduire les frais que doit engager la poursuite. Dans l'arrêt *St. Pierre*, la juge L'Heureux-Dubé, alors dissidente, a insisté sur le fait que, en édictant la présomption de l'al. 258(1)c *C. cr.*, le législateur avait « clairement reconnu les difficultés et les frais qu'entraînait l'obligation de recourir à des témoignages d'experts dans pratiquement tous les cas d'infractions liées à l'alcool au volant » (par. 90). Or, depuis les modifications législatives, la façon dont le régime est maintenant conçu oblige la poursuite à présenter une preuve technique pour repousser une attaque contre la présomption d'exactitude ou la première présomption d'identité. En effet, si la personne accusée a présenté une telle preuve contraire, elle l'aura fait à l'aide d'un expert et la poursuite aura dû faire appel à un technicien et, possiblement, à un expert. Dans ce contexte, le fait que la poursuite soit la partie tenue de présenter à son tour une preuve d'absence de lien après que la défense aura soumis une preuve mettant en doute le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil ne lui impose pas un fardeau additionnel important.

[58] Par ailleurs, il importe de souligner que le fait que la personne accusée parvienne à soulever un doute raisonnable quant au bon fonctionnement ou à l'utilisation correcte de l'alcootest signifie simplement que la poursuite *perd le bénéfice des*

prosecution can still tender additional evidence to prove that, despite the proven deficiency, the blood alcohol level of the accused exceeded .08 as shown by the test results.

[59] In these circumstances, having regard to Parliament's objective of giving priority to the reliability of the test results, I conclude that requiring an accused to prove not only a malfunction or improper operation of the instrument that is serious enough to raise a reasonable doubt, but also a causal connection between that malfunction or improper operation and the determination that the blood alcohol level of the accused exceeded the legal limit, constitutes a serious infringement of the right to be presumed innocent. This infringement cannot be justified in a democratic society.

#### 4.2.3 Evidence of a Blood Alcohol Level Not Exceeding .08

[60] Section 258(1)(c) *Cr. C.* also requires the accused to adduce evidence tending to show that his or her blood alcohol level would not in fact have exceeded .08 at the time of the offence. Such evidence will generally be that of a *Carter* defence.

[61] In *Oakes*, this Court stressed that legislative measures adopted for the purpose of attaining an objective must be "carefully designed to achieve the objective in question" (p. 139). If Parliament's objective were simply to ease the burden the prosecution must discharge in combatting the problems associated with drinking and driving, the rational connection would be clear, since this provision requires the accused to raise an additional doubt about his or her guilt.

[62] As the legislative facts show, however, Parliament's objective is not stated in such general terms that it can encompass all measures taken to combat drinking and driving. Moreover, care must be taken not to state the objective too broadly: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 144. As I mentioned

*présomptions* prévues à l'al. 258(1)c). Cette dernière peut tout de même faire la preuve que, en dépit de la défaillance prouvée mais à la lumière d'une preuve additionnelle qu'elle pourra apporter, la personne accusée avait une alcoolémie supérieure à 0,08 suivant les résultats des analyses.

[59] Dans ces circonstances et compte tenu du fait que l'objectif du Parlement est de faire primer la fiabilité des résultats d'analyses, je conclus que l'obligation faite aux personnes accusées de prouver non seulement un problème de fonctionnement ou d'utilisation suffisamment sérieux pour soulever un doute raisonnable, mais aussi un lien de causalité entre ce problème et l'indication d'une alcoolémie supérieure à la limite légale, constitue une atteinte sérieuse à la présomption d'innocence. Elle ne peut être justifiée dans une société démocratique.

#### 4.2.3 Preuve d'une alcoolémie ne dépassant pas 0,08

[60] L'alinéa 258(1)c) *C. cr.* oblige également la personne accusée à présenter une preuve tendant à démontrer que son taux d'alcoolémie ne dépassait pas 0,08 au moment de l'infraction. Une telle preuve consistera généralement en une défense de type *Carter*.

[61] Dans l'arrêt *Oakes*, notre Cour a insisté sur la nécessité que les mesures législatives édictées pour réaliser un objectif soient « soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question » (p. 139). Si l'objectif du Parlement était simplement d'alléger le fardeau de la poursuite dans sa lutte contre les problèmes liés à l'alcool au volant, le lien rationnel aurait été évident, puisque par cette disposition la personne accusée doit soulever un doute supplémentaire sur sa culpabilité.

[62] Comme le révèlent les faits législatifs, l'objectif du législateur n'est cependant pas formulé en termes si généraux qu'il puisse englober toutes les mesures liées à la lutte contre l'alcool au volant. Il faut d'ailleurs se garder de formuler l'objectif de façon trop générale : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199,



above, the objective was to give the test results a weight consistent with their scientific value. In this context, I do not see a rational connection between this objective and the requirement of adducing evidence to raise a doubt that the blood alcohol level of the accused in fact exceeded .08. Such evidence is not aimed directly either at the process of taking samples using authorized instruments or at the test results.

[63] The inquiry into whether the impairment of the right to be presumed innocent is minimal confirms that the requirement of evidence that the blood alcohol level of the accused was under the legal limit is not justified. I reiterate that this requirement is in addition to the requirement of showing that the instrument malfunctioned or was operated improperly. If the accused has already identified a defect that could cast doubt on the reliability of the results, it is difficult to justify requiring the court to nevertheless accept that the results have probative value if the accused has produced no evidence regarding his or her blood alcohol level. This amounts to saying that, where a court has a doubt about an essential element of the offence, it must nevertheless convict unless the accused can present evidence tending to show that he or she is innocent. I accordingly find that the third requirement of s. 258(1)(c) cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

#### 4.2.4 Conclusion Concerning the First Requirement

[64] In light of my conclusion that the second and third requirements are not justified, the first requirement is the only one that can limit the evidence an accused may tender to cast doubt on the test results. What therefore remains to be determined is whether the effects of this limit on the right to be presumed innocent are proportional to Parliament's objective. In the proportionality analysis required by s. 1, it is important to consider the impugned provision in the context of the entire legislative scheme of which it forms a part.

[65] In *Downey*, Cory J. explained that in determining whether an infringement is proportional to

par. 144. Comme je l'ai mentionné plus tôt, l'objectif était de conférer aux résultats des analyses un poids conforme à leur valeur scientifique. Dans ce contexte, je ne vois pas de lien rationnel entre cet objectif et l'obligation de présenter une preuve qui soulève un doute sur le fait que le taux d'alcoolémie dépasse 0,08. Une telle preuve n'attaque pas directement le mécanisme de prélèvement à l'aide des appareils autorisés ou les résultats des analyses.

[63] L'examen de la question de l'atteinte minimale à la présomption d'innocence confirme que l'exigence requérant la preuve que l'alcoolémie est inférieure à la limite légale n'est pas justifiée. Je rappelle que cette exigence s'ajoute à celle requérant la démonstration que l'appareil a mal fonctionné ou a été mal utilisé. Or, si la personne accusée a déjà soulevé un vice de nature à mettre en doute la fiabilité des résultats, il est difficile de justifier qu'un tribunal soit tout de même tenu d'en reconnaître la valeur probante si la personne accusée ne présente aucune preuve de son alcoolémie. En effet, cela revient à dire que, lorsque le tribunal entretient un doute sur un élément essentiel de l'infraction, il doit néanmoins prononcer une condamnation si la personne ne peut présenter une preuve tendant à démontrer son innocence. Je conclus donc que la troisième exigence de l'al. 258(1)c) ne peut être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

#### 4.2.4 Conclusion sur la première exigence

[64] Vu ma conclusion que les deuxième et troisième exigences ne sont pas justifiées, la première exigence serait la seule qui limiterait les moyens que peut soulever la personne accusée à l'encontre des résultats des analyses. Il reste donc à déterminer si les effets de cette limite sur la présomption d'innocence sont proportionnels à l'objectif du législateur. Dans l'analyse de la proportionnalité que commande l'article premier, il est important de considérer la disposition contestée au regard de l'ensemble du régime législatif dont elle fait partie.

[65] Dans l'arrêt *Downey*, le juge Cory a expliqué que pour déterminer si une atteinte est

the legislative objective, it is necessary to balance societal and individual interests (p. 38). The objective of the first requirement of s. 258(1)(c) *Cr. C.*, as clarified by s. 258(1)(d.01), is to confirm the scientific value and ensure the primacy of breathalyzer test results. The purpose of this statutory amendment was to remedy a situation that was common before it came into force: test results could be rejected on the basis of testimony that was considered subjective. The amendment was a response to the serious disconnect that existed in the fact that the *Carter* defence had a high success rate despite the recognized scientific reliability of the results.

[66] Moreover, the scheme adopted for breathalyzer tests includes certain guarantees that place limits on police action and protect the presumption of innocence. Under s. 254(2) *Cr. C.*, for example, a peace officer may not require a person who has operated or had the care or control of a vehicle to perform physical co-ordination tests unless the officer has reasonable grounds to suspect that the person has consumed alcohol. Under s. 254(3) *Cr. C.*, an officer may not require a person to submit to a breathalyzer test unless the officer has reasonable grounds to believe that the person is committing, or has at any time within the preceding three hours committed, the offence of driving or having care of a vehicle with a blood alcohol level exceeding .08. The breath samples must be analyzed by a qualified technician using an approved instrument. The samples must be taken not later than two hours after the time when the offence is alleged to have been committed, and with an interval of at least 15 minutes between the times when they are taken (s. 258(1)(c)(ii) *Cr. C.*).

[67] From this perspective, if the second and third requirements provided for in s. 258(1)(c) *Cr. C.* are severed, I consider Parliament's response to be a measured one. In light of the objective of this provision, the scientific evidence in the record and the guarantees that form part of the evidential blood alcohol analysis scheme, I find that the limit on defences that is established in s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) *Cr. C.* is a justified infringement of the right to be presumed innocent. As a

proportionnelle à l'objectif législatif, il faut soulever les intérêts de la société et ceux de l'individu concerné (p. 38). La première exigence de l'al. 258(1)c) *C. cr.*, telle que précisée par l'al. 258(1)d.01), a pour objectif de faire reconnaître la valeur scientifique des résultats d'analyses fournis par les alcootests et d'énoncer leur primauté. Cette modification législative tente de remédier à une situation jusque-là fréquente, à savoir que les résultats des analyses pouvaient être rejetés sur la base de témoignages qu'on disait subjectifs. Elle répond au grave problème de discordance découlant du taux de succès élevé de la défense de type *Carter* malgré la fiabilité scientifique reconnue des résultats.

[66] Il convient aussi de noter que le régime des alcootests comporte certaines garanties qui freinent l'intervention policière et protègent la présomption d'innocence. Ainsi, en vertu du par. 254(2) *C. cr.*, avant de pouvoir faire subir des épreuves de coordination à une personne qui a conduit ou a eu la garde ou le contrôle d'un véhicule, un agent de la paix doit avoir des motifs raisonnables de soupçonner qu'elle a consommé de l'alcool. Suivant le par. 254(3) *C. cr.*, l'agent doit, pour faire subir à une personne des analyses d'alcoolémie, avoir des motifs raisonnables de croire qu'elle commet ou a commis dans les trois heures précédentes, l'infraction de conduite ou de garde d'un véhicule avec une alcoolémie supérieure à 0,08. Ces analyses doivent être effectuées par un technicien qualifié, au moyen d'un alcootest approuvé. Les échantillons doivent être prélevés pas plus de deux heures après que l'infraction aurait été commise et à des intervalles d'au moins 15 minutes (sous-al. 258(1)c)(ii) *C. cr.*).

[67] Dans ce contexte, amputée des deuxième et troisième exigences de l'al. 258(1)c) *C. cr.*, la réponse du Parlement me paraît mesurée. À la lumière de l'objectif de cette disposition, de la preuve scientifique versée au dossier et des garanties que comporte le régime de détermination de l'alcoolémie aux fins de preuve, je suis d'avis que la limitation des moyens de défense établie aux al. 258(1)c) et 258(1)d.01) *C. cr.* constitue une atteinte justifiée à la présomption d'innocence. Compte tenu de cette

result of this conclusion, my consideration of the other arguments against finding s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) to be constitutional will be limited to this requirement.

5. Compatibility of Section 258(1)(c) and Section 258(1)(d.01) with the Right to Make Full Answer and Defence (Section 7 of the Charter)

[68] The first argument based on s. 7 of the *Charter* is that the combined effect of s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) *Cr. C.* is to limit the right to make full answer and defence.

[69] In enacting the impugned provisions, Parliament excluded evidence of the alcohol consumption of the accused insofar as it is adduced to show that the instrument was malfunctioning or was operated improperly (s. 258(1)(d.01)). Moreover, the presumption of accuracy of the results and that of identity can be rebutted only by casting doubt on the proper functioning or operation of the instrument. In other words, evidence of the alcohol consumption of the accused is not legally sufficient to raise a doubt under s. 258(1)(c) as to the reliability of the results. Because I have already found that the second and third requirements of s. 258(1)(c) are unconstitutional, evidence of the effect of the consumption of the accused on his or her blood alcohol level will be admissible only if the accused chooses to tender it or if the presumptions of s. 258(1)(c) are inapplicable (where, for example, the samples were taken too late) or have been rebutted.

[70] Since *Carter*, Canadian courts have accepted that there is a logical connection between evidence of alcohol consumption and the accuracy of breathalyzer test results. I agree that such evidence can logically tend to discredit both the results of a breathalyzer test and — indirectly — the proper functioning and operation of the instrument itself.

[71] However, the fact that evidence is relevant does not necessarily make it admissible. This

conclusion, je ne vais examiner les autres moyens soulevés à l'encontre de la constitutionnalité des al. 258(1)(c) et 258(1)(d.01) qu'à l'égard de cette exigence.

5. Conformité des al. 258(1)(c) et 258(1)(d.01) avec le droit à une défense pleine et entière (art. 7 de la Charte)

[68] Le premier argument fondé sur l'art. 7 de la *Charte* est que, ensemble, les al. 258(1)(c) et 258(1)(d.01) *C. cr.* ont pour effet de restreindre le droit à une défense pleine et entière.

[69] En adoptant les dispositions en cause, le Parlement a exclu la preuve relative à la consommation d'alcool de la personne accusée dans la mesure où cette preuve a pour objectif de démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest (al. 258(1)(d.01)). Qui plus est, si le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil ne sont pas mis en doute, les présomptions d'exactitude et d'identité des résultats ne pourront être repoussées. En d'autres termes, une preuve de la consommation d'alcool de la personne accusée n'est pas suffisante en droit pour soulever un doute quant à la fiabilité des résultats sous l'al. 258(1)(c). Comme j'ai conclu que les deuxième et troisième exigences de l'al. 258(1)(c) sont inconstitutionnelles, la preuve relative à l'effet de la consommation de la personne accusée sur la concentration d'alcool dans son sang ne sera admissible que lorsqu'elle relève du choix de la personne accusée ou que les présomptions de l'al. 258(1)(c) ne s'appliquent pas (par exemple lorsque les échantillons ont été prélevés tardivement) ou ont été repoussées.

[70] Depuis l'arrêt *Carter*, les tribunaux canadiens ont admis l'existence d'un lien logique entre une preuve de la consommation d'alcool et l'exactitude des résultats obtenus par un alcootest. Je reconnais qu'une telle preuve peut logiquement tendre à discréditer à la fois les résultats d'analyses obtenus au moyen d'un alcootest et — indirectement — le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de celui-ci.

[71] Cependant, le fait qu'un élément de preuve soit pertinent ne le rend pas nécessairement admissible.

Court has recognized that relevant evidence can be excluded if its exclusion is justified by a ground of law or policy (*R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 609). Professors Cross and Tapper quote Wigmore's comment that "[a]dmissibility signifies that the particular fact is relevant and something more, — that it has also satisfied all the auxiliary tests and extrinsic policies" (R. Cross and C. Tapper, *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at p. 60; see *Seaboyer*, at p. 692, per L'Heureux-Dubé J.).

[72] In the context of the case at bar, as I mentioned above, the expert evidence accepted by the courts over the past few years has established that breathalyzer tests are very reliable, provided that the instruments are operated and maintained properly. At the same time, many reports have shown the testimony of accused persons regarding their alcohol consumption to be unreliable (see J. G. Wigmore, "Man vs. Machine: Self-Reported Alcohol Consumption of Drinking Drivers vs. Evidential Breath Alcohol Tests. Is the Restriction of Evidence to the Contrary Scientifically Valid?" (2009), 54 *Crim. L.Q.* 395; T. L. Martin, J. G. Wigmore and K. L. Woodall, "A Comparison of Blood Alcohol Concentrations Estimated From Drinking Histories of Drivers Charged with 'Over 80' and Their Intoxilyzer® 5000C Results" (2004), 37 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 187; M. S. Sommers *et al.*, "'Nurse, I Only Had a Couple of Beers': Validity of Self-Reported Drinking Before Serious Vehicular Injury" (2002), 11 *Am. J. Critical Care* 106).

[73] Moreover, a study commissioned by the federal Department of Transport and presentations made to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs show that the *Carter* defence resulted in a high rate of acquittal (*Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 9, 2nd Sess., 39th Parl., February 21, 2008, at p. 37; R. Robertson, W. Vanlaar and H. Simpson, *National Survey of Crown Prosecutors and Defence Counsel on Impaired Driving: Final Report* (July 2008), at p. 72). I infer from these documents a criticism to the effect that a high rate of acquittal is not

Notre Cour a reconnu qu'un élément de preuve pertinent peut être exclu si cela est justifié par une règle de droit ou une considération de politique générale (*R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 609). Citant Wigmore, les professeurs Cross et Tapper soulignent que [TRADUCTION] « [l']admissibilité signifie que le fait donné est pertinent et en outre — qu'il répond aussi à tous les critères accessoires et à toutes les politiques extrinsèques » (R. Cross et C. Tapper, *Cross on Evidence* (7<sup>e</sup> éd. 1990), p. 60; voir *Seaboyer*, p. 692, la juge L'Heureux-Dubé).

[72] En l'espèce, comme je l'ai mentionné précédemment, des témoignages d'experts acceptés par les tribunaux au cours des dernières années établissent la grande fiabilité des alcootests, dans la mesure où ces appareils sont bien utilisés et entretenus. Parallèlement, de nombreux rapports font état du caractère peu fiable du témoignage de la personne accusée sur sa consommation d'alcool (voir J. G. Wigmore, « Man vs. Machine : Self-Reported Alcohol Consumption of Drinking Drivers vs. Evidential Breath Alcohol Tests. Is the Restriction of Evidence to the Contrary Scientifically Valid? » (2009), 54 *Crim. L.Q.* 395; T. L. Martin, J. G. Wigmore et K. L. Woodall, « A Comparison of Blood Alcohol Concentrations Estimated From Drinking Histories of Drivers Charged with "Over 80" and Their Intoxilyzer® 5000C Results » (2004), 37 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 187; M. S. Sommers *et autres*, « "Nurse, I Only Had a Couple of Beers" : Validity of Self-Reported Drinking Before Serious Vehicular Injury » (2002), 11 *Am. J. Critical Care* 106).

[73] De plus, il ressort d'une étude faite à la demande du ministère fédéral des Transports, ainsi que des témoignages présentés devant le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, que la défense de type *Carter* entraîne un taux élevé d'acquiescement (*Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 9, 2<sup>e</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 21 février 2008, p. 37; R. Robertson, W. Vanlaar et H. Simpson, *Sondage national sur la conduite avec facultés affaiblies auprès des avocats de la défense et des procureurs de la Couronne : Rapport final* (juillet 2008),

justified in light of the probative value of the test results. Although certain aspects of this evidence cannot be considered scientific, it cannot be disregarded.

[74] This evidence shows both that the probative value of the testimony of the accused regarding his or her alcohol consumption is debatable and that to admit such testimony for the purpose of determining whether the test results are valid entails a real risk of perverting the fact-finding process. These studies and presentations were not available to the courts when the *Carter* defence became established in our law. The law had to be updated, and that is what the government endeavoured to do in amending the legislation. The courts must take this into consideration. Requiring an accused to tender evidence related directly to the functioning or operation of the instruments used to take samples contributes to truth-finding and favours the integrity of the trial. In my opinion, the exclusion of evidence of the alcohol consumption of the accused that is set out in s. 258(1)(d.01) is based on a policy consideration that is consistent with *Seaboyer*.

[75] In *Seaboyer*, the majority of this Court held that the effect of s. 276 *Cr. C.* was to exclude evidence that might be “of great importance to getting at the truth and determining whether the accused is guilty or innocent under the law” (p. 616). Thus, even though the purpose of s. 276 was to help judges and juries arrive at just verdicts, its effect in practice could be the opposite:

Accepting that the rejection of relevant evidence may sometimes be justified for policy reasons, the fact remains that s. 276 may operate to exclude evidence where the very policy which imbues the section — finding the truth and arriving at the correct verdict — suggests the evidence should be received. [p. 620]

[76] The same cannot be said in the instant case, however. Unlike in *Seaboyer*, the statutory provisions at issue here do not exclude evidence that might be necessary for a judge or jury to arrive at

p. 84). J’infère de ces documents la critique qu’un taux élevé d’acquiescement est vu comme disproportionné par rapport à la valeur probante des résultats d’analyses. Quoique certains aspects de l’ensemble de cette preuve ne puissent être qualifiés de scientifiques, ils ne peuvent être négligés.

[74] Cette preuve indique à la fois que la valeur probante du témoignage de la personne accusée sur sa consommation d’alcool est discutable et qu’admettre ce témoignage dans la détermination de la validité des résultats d’analyses emporte le risque réel de fausser le processus de constatation des faits. Les tribunaux ne disposaient pas de ces études, témoignages et enquêtes lorsque la défense de type *Carter* s’est implantée dans notre droit. Une mise à jour de celui-ci s’imposait. C’est à cette tâche que le gouvernement s’est astreint en modifiant la loi. Les tribunaux doivent en prendre acte. Exiger la production d’une preuve visant directement le fonctionnement ou l’opération des appareils de prélèvements contribue à la découverte de la vérité et favorise l’intégrité du procès. À mon avis, l’exclusion en vertu de l’al. 258(1)d.01) de la preuve relative à la consommation d’alcool de la personne accusée est fondée sur une considération de politique générale qui respecte l’arrêt *Seaboyer*.

[75] Dans *Seaboyer*, la majorité de notre Cour a conclu que l’art. 276 *C. cr.* avait pour effet d’exclure une preuve qui pouvait être « très importante pour découvrir la vérité et déterminer si l’accusé est coupable ou innocent en vertu de la loi » (p. 616). Ainsi, même si l’adoption de l’art. 276 visait à aider le juge et le jury à arriver au verdict juste, cette disposition pouvait en pratique produire l’effet contraire :

Si l’on accepte qu’il peut parfois être justifié d’exclure des preuves pertinentes pour des raisons de principe, le fait demeure que l’art. 276 peut entraîner l’exclusion d’une preuve dans des cas où le principe même qui sous-tend la disposition — découvrir la vérité et arriver au bon verdict — indiquerait que cette preuve devrait être admise. [p. 620]

[76] Il n’en va toutefois pas de même en l’espèce. Contrairement à celles en cause dans l’arrêt *Seaboyer*, les dispositions législatives contestées dans le présent cas n’excluent pas une preuve qui

a just verdict. There is no reasonable risk that these provisions frustrate the objective of truth-finding. In my opinion, it was open to Parliament to exclude the production of evidence of the alcohol consumption of the accused that tends to show that the instrument was malfunctioning or was operated improperly (s. 258(1)(d.01)), and to provide that such evidence is legally insufficient to cast doubt on the reliability of the test results. This exclusion does not infringe the rights protected by s. 7.

[77] The second argument based on s. 7 of the *Charter* is that the new provisions create a defence that is so difficult to attain as to be practically illusory. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, Dickson C.J. commented on the principle on the basis of which such an argument could be made (at p. 70):

One of the basic tenets of our system of criminal justice is that when Parliament creates a defence to a criminal charge, the defence should not be illusory or so difficult to attain as to be practically illusory.

[78] Although Parliament now requires evidence tending to establish a deficiency in the functioning or operation of the instrument, this does not mean that there are limits on the evidence that can reasonably be used by the accused to raise a doubt in this regard. The accused can request the disclosure of any relevant evidence that is reasonably available in order to be able to present a real defence. If the prosecution denies such a request, the accused can invoke the rules on non-disclosure and the available remedies for non-disclosure (see *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411). In short, the accused might rely, for example, on a maintenance log that shows that the instrument was not maintained properly or on admissions by the technician that there had been erratic results, or he or she might argue that health problems had affected the functioning of the instrument (see *R. v. Kasim*, 2011 ABCA 336, 515 A.R. 254).

pourrait être nécessaire pour permettre au juge ou au jury d'arriver à un verdict juste. Il n'existe pas de risque raisonnable que les dispositions en litige outrepassent l'objectif de recherche de la vérité. À mon avis, le Parlement pouvait exclure la présentation d'une preuve relative à la consommation d'alcool de la personne accusée tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest (al. 258(1)d.01)) et déclarer une telle preuve insuffisante en droit pour mettre en doute la fiabilité des résultats d'analyses. Une telle exclusion ne porte pas atteinte aux droits garantis à l'art. 7.

[77] Suivant le deuxième argument fondé sur l'art. 7 de la *Charte*, les nouvelles dispositions créent une défense si difficile à faire valoir qu'elle est pratiquement illusoire. Dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge en chef Dickson avait fait un commentaire sur le principe permettant un tel argument (p. 70) :

L'un des préceptes fondamentaux de notre système de justice criminelle est que, lorsque le Parlement crée une défense à l'égard d'une accusation criminelle, celle-ci ne doit être ni illusoire ni à ce point difficile à faire valoir qu'elle soit illusoire en pratique.

[78] Bien que le législateur exige maintenant une preuve tendant à établir une défaillance dans le fonctionnement ou l'utilisation de l'appareil, cela ne limite pas pour autant les éléments qui peuvent être raisonnablement utilisés par la personne accusée pour soulever un doute sur ces aspects. En effet, les personnes accusées peuvent demander communication des éléments pertinents qui sont raisonnablement disponibles pour leur permettre de faire valoir une défense réelle. En cas de refus, la personne accusée peut invoquer les règles régissant la communication de la preuve ainsi que les réparations qui peuvent être accordées à cet égard (voir *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411). Bref, la personne accusée pourrait par exemple soit se fonder sur des relevés d'entretien de l'appareil révélant que celui-ci n'a pas été entretenu correctement ou sur des admissions du technicien concernant l'obtention de résultats erratiques, soit faire valoir des problèmes de santé ayant un effet sur le fonctionnement de l'appareil (voir *R. c. Kasim*, 2011 ABCA 336, 515 A.R. 254).

[79] It should be noted that the defence created by Parliament is not illusory simply because accused persons will rarely succeed in raising a reasonable doubt that the instrument was functioning or was operated properly. The existence of a defence must not be confused with how often those presenting it are successful. As Judge Duncan noted in *Powichrowski* (at para. 69):

While it may be that the defendant, having explored every avenue, will be unable to meet the requirements of the section and rebut the presumption, that is what often happens when a defendant is faced with credible and reliable evidence against him.

[80] Finally, it should be mentioned that the conclusion that the first requirement of s. 258(1)(c) does not violate s. 7 is in no way incompatible with a finding that it constitutes a justifiable infringement of the right to be presumed innocent. In light of the scientific evidence in the record, as we have seen, Parliament was justified in requiring evidence directly related to the operation or functioning of breathalyzers. It was therefore open to Parliament, without violating s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*, to exclude the possibility that a *Carter* defence would suffice on its own to cast doubt on the test results.

[81] For these reasons, I find that the rebuttal of the presumptions established in s. 258(1)(c), as clarified by s. 258(1)(d.01), has not been rendered illusory by Parliament and that this provision does not infringe the right to make full answer and defence.

6. Compatibility of Section 258(1)(d.1) with the Right to Be Presumed Innocent (Section 11(d) of the *Charter*)

[82] To facilitate a discussion on the amendments that affect the second presumption of identity, this presumption of identity must be clearly distinguished from the first one. The first presumption of identity, which is established in s. 258(1)(c), allows the prosecution to use the test results as a substituted fact in order to prove an essential element of the offence, namely the blood alcohol level of the accused at the time when the offence was

[79] Il convient de souligner que ce n'est pas parce que les personnes accusées réussiraient rarement à soulever un doute raisonnable sur le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil que la défense prévue par le législateur est illusoire. Il ne faut pas confondre l'existence d'une défense et le succès avec lequel elle est présentée. Comme le souligne le juge Duncan dans *Powichrowski* (par. 69) :

[TRADUCTION] Il peut certes arriver que, après avoir considéré toutes les voies qui s'offrent à lui, le défendeur soit incapable de satisfaire aux exigences pertinentes de la disposition et de réfuter la présomption, mais c'est souvent ce qui arrive lorsque le défendeur doit réfuter une preuve fiable et crédible.

[80] Enfin, il est pertinent de signaler que la conclusion que la première exigence de l'al. 258(1)(c) n'enfreint pas l'art. 7 n'a rien d'inconciliable avec celle d'une atteinte justifiée à la présomption d'innocence. À la lumière de la preuve scientifique au dossier, nous avons vu que le Parlement était justifié d'exiger une preuve visant directement l'utilisation ou le fonctionnement des alcootests. Le Parlement pouvait donc, sans contrevenir à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*, exclure la possibilité d'invoquer la défense de type *Carter* comme moyen de preuve permettant à lui seul de mettre en doute les résultats d'analyses.

[81] Pour ces raisons, je suis d'avis que le législateur n'a pas rendu illusoire la réfutation des présomptions de l'al. 258(1)(c), telles que précisées à l'al. 258(1)(d.01), et que cette disposition ne viole pas le droit à une défense pleine et entière.

6. Conformité de l'al. 258(1)(d.1) avec la présomption d'innocence (al. 11d) de la *Charte*)

[82] Afin de faciliter l'examen des modifications qui touchent la deuxième présomption d'identité, il convient de bien la distinguer de la première. Celle-ci, établie à l'al. 258(1)(c), permet à la poursuite d'utiliser les résultats d'analyses comme fait substitué afin de prouver l'élément essentiel, soit le taux d'alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise. Si la personne accusée conteste le fait que ces résultats correspondent à

alleged to have been committed. If the accused argues that the results do not correspond to his or her blood alcohol level at the time of the offence on the basis that the instrument was malfunctioning or was operated improperly, the evidence the accused can adduce will be limited by s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) *Cr. C.*

[83] If the accused does not challenge the functioning of the instrument, but instead argues that, contrary to the results, his or her blood alcohol level at the time when the offence was alleged to have been committed did not exceed .08 and that the results were distorted by the fact that he or she had consumed alcohol shortly before or after the alleged offence, the evidence the accused can tender to rebut the presumption is circumscribed by s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* The type of consumption that can be used to rebut the second presumption was explained as follows by Rob Moore during the debate that preceded the enactment of Bill C-32 (*House of Commons Debates*, at p. 6186):

This could happen if, for example, the person downed several drinks and was arrested before the alcohol was absorbed. It could also occur that after driving, but before testing, the person consumed alcohol and it was absorbed by the time the approved instrument test was taken.

[84] As a result of the statutory amendments, evidence to the contrary adduced by the accused must tend to show two facts: (1) the consumption of alcohol of the accused was consistent with a blood alcohol level that did not exceed .08 at the time when the offence was alleged to have been committed; and (2) the consumption of alcohol of the accused was consistent with the test results.

#### 6.1 *Does Section 258(1)(d.1) Infringe the Protected Right?*

[85] As I mentioned in my analysis with respect to s. 258(1)(c) *Cr. C.*, a statutory presumption violates the right to be presumed innocent if a judge can convict an accused even though there is a doubt that the accused is actually guilty. For instance,

son taux d'alcoolémie au moment de l'infraction au motif que l'appareil n'aurait pas bien fonctionné ou n'aurait pas été utilisé correctement, les moyens de preuve qu'elle pourra invoquer seront limités par les al. 258(1)c) et 258(1)d.01) *C. cr.*

[83] Lorsque la personne accusée ne s'attaque pas au fonctionnement de l'appareil mais prétend plutôt que, contrairement à ce qu'indiquent les résultats, son alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise n'excédait pas 0,08, parce que l'alcool qu'elle a consommé peu de temps avant ou après l'infraction reprochée a faussé ces résultats, ses moyens de contrer la présomption sont circonscrits par l'al. 258(1)d.1) *C. cr.* Le type de consommation susceptible de faire échec à la deuxième présomption a été expliqué ainsi par M. Rob Moore dans les débats qui ont précédé l'adoption du projet C-32 (*Débats de la Chambre des communes*, p. 6186) :

Une telle éventualité est possible si une personne a bu rapidement plusieurs consommations et a été arrêtée avant que l'alcool ne soit absorbé par son système. Il est également possible que, après avoir conduit mais avant l'alco[0]test, la personne ait consommé de l'alcool et que celui-ci ait été absorbé au moment où on a utilisé l'instrument approuvé pour mesurer son taux d'alcoolémie.

[84] Suivant les modifications législatives, la preuve contraire présentée par la personne accusée doit tendre à démontrer deux faits : (1) la consommation d'alcool était compatible avec une alcoolémie ne dépassant pas 0,08 au moment où l'infraction aurait été commise; (2) la consommation d'alcool était compatible avec les résultats des analyses.

#### 6.1 *L'alinéa 258(1)d.1) porte-t-il atteinte au droit garanti?*

[85] Tel que je l'ai mentionné durant l'analyse de l'al. 258(1)c) *C. cr.*, une présomption légale porte atteinte à la présomption d'innocence si un juge peut conclure à la culpabilité d'une personne accusée alors qu'il subsiste un doute à cet égard. En



where breathalyzer test results according to which the blood alcohol level of the accused exceeded .08 are tendered in evidence, the trier of fact could have a reasonable doubt that the blood alcohol level of the accused was the same at the time of the alleged offence, because the accused could have drunk shortly before or after being pulled over. Since s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* exempts the prosecution from having to establish the guilt of the accused beyond a reasonable doubt before the accused must respond, I must conclude that it infringes the right to be presumed innocent.

### 6.2 *Is the Infringement Justified?*

[86] The evidence that can be adduced to rebut the presumption of identity established in s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* was clarified in two stages. The first requirement was incorporated into the *Criminal Code* in 1997 (S.C. 1997, c. 18, s. 10(2)). Under the provision that established it, the accused had to adduce evidence tending to show that his or her blood alcohol level at the time when the offence was alleged to have been committed did not exceed .08. This requirement is now found in the first subparagraph of s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* Another requirement was added at the same time as the amendments to s. 258(1)(c) *Cr. C.* discussed above. According to this new requirement, the evidence tendered by the accused must be consistent with the test results.

[87] No specific evidence has been introduced concerning the objective of s. 258(1)(d.1)(i) *Cr. C.*, but that objective can be inferred from the legislative history. The amendment was passed shortly after — and most likely in response to — this Court’s decision in *St. Pierre*, so the comments made in that decision are helpful. The majority in *St. Pierre* held that the presumption of identity could be rebutted by any evidence showing a difference between the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence and his or her blood alcohol level at the time of the analyses. L’Heureux-Dubé J., dissenting, was concerned that the presumption would be rebutted “in every case where the accused invokes either the ‘last drink’ defence or the ‘post-driving drinking’ defence, where there is not even

l’occurrence, le juge des faits devant qui sont déposés des résultats d’alcooltest indiquant une alcoolémie supérieure à 0,08 peut avoir un doute raisonnable quant au fait que l’alcoolémie de la personne accusée était la même au moment de l’infraction reprochée, puisque cette dernière a pu boire un peu avant ou un peu après son interpellation. Comme l’al. 258(1)(d.1) *C. cr.* dispense la poursuite d’avoir à établir la culpabilité de la personne accusée hors de tout doute raisonnable avant que celle-ci n’ait à répondre, je dois conclure qu’il porte atteinte à la présomption d’innocence.

### 6.2 *L’atteinte est-elle justifiée?*

[86] Les précisions concernant les moyens de preuve susceptibles de contrer la présomption d’identité de l’al. 258(1)(d.1) *C. cr.* ont été apportées en deux temps. La première exigence a été intégrée au *Code criminel* en 1997 (L.C. 1997, ch. 18, par. 10(2)). Suivant cette disposition, la personne accusée doit présenter une preuve tendant à démontrer que son alcoolémie au moment où l’infraction aurait été commise ne dépassait pas 0,08. Il s’agit maintenant du premier sous-alinéa de l’al. 258(1)(d.1) *C. cr.* Une autre disposition a été ajoutée en même temps qu’ont été apportées les modifications à l’al. 258(1)(c) *C. cr.* étudiées plus tôt. Suivant cette nouvelle exigence, la preuve présentée par la personne accusée doit être compatible avec les résultats des analyses.

[87] Aucune preuve spécifique n’a été produite au sujet de l’objectif du sous-al. 258(1)(d.1)(i) *C. cr.*, mais cet objectif peut cependant être inféré de son contexte législatif. La modification a été adoptée peu de temps après l’arrêt *St. Pierre* de notre Cour, tout probablement en réponse à celui-ci. Les commentaires faits dans cette décision sont donc utiles. La majorité avait conclu que toute preuve montrant une différence entre l’alcoolémie au moment de l’infraction reprochée et celle au moment des analyses était suffisante pour repousser la présomption d’identité. En dissidence, la juge L’Heureux-Dubé avait pour sa part exprimé l’inquiétude que la présomption serait repoussée « chaque fois que l’accusé invoque la défense du “dernier verre” ou celle du “verre après avoir conduit” lorsqu’il n’y a pas la

an iota of proof to suggest that the discrepancy occasioned by the alcohol consumption would be of any legal relevance to conviction or acquittal on a charge of ‘over 80’” (para. 90). Parliament seems to have shared this concern and to have tried to ensure that the prosecution would not be required to have recourse to experts to explain the rate of absorption between the time of the offence and that of the analyses. I have no difficulty finding that this was a pressing and substantial objective.

[88] The requirement established in s. 258(1)(d.1)(i) must be considered in conjunction with the 2008 amendment, which provides that the accused must also show that his or her consumption was consistent with the test results. This change to the presumption of identity, which was made at the same time as the amendments to s. 258(1)(c) *Cr. C.*, was motivated by the same objective as those amendments. Parliament intended to give the test results a probative value consistent with their scientific reliability. I accepted above that this was a pressing and substantial objective, and the same conclusion applies here.

[89] A rational connection can easily be established between each of the requirements set out in s. 258(1)(d.1) and the requirement’s legislative objective. In the first case, the measure is linked to Parliament’s wish to ensure that the prosecution does not have to have recourse to experts to prove the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence where the difference is not significant. In the second case, the measure is linked to Parliament’s wish to confirm the scientific value of the test results and to establish an explicit correlation between those results and a variation in blood alcohol level due to consumption of alcohol by the accused shortly before or after the time of the alleged offence.

[90] In my opinion, s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* also satisfies the minimal impairment test. Whereas requiring the accused to show a connection between a malfunction of the instrument and the determination that his or her blood alcohol level exceeded .08

moindre preuve autorisant à penser que l’écart engendré par l’absorption d’alcool serait d’une quelconque pertinence en droit quant à une déclaration de culpabilité ou à un acquittement à l’égard d’une accusation de conduite avec une alcoolémie de “plus de 80 mg” » (par. 90). Le Parlement semble avoir partagé cette inquiétude et cherché à épargner à la poursuite l’obligation de recourir à des experts pour expliquer le taux d’absorption survenu entre le moment de l’infraction et celui des analyses. Je n’ai aucune difficulté à reconnaître que cet objectif est réel et urgent.

[88] L’exigence imposée par le sous-al. 258(1)(d.1)(i) doit être étudiée en corrélation avec la modification apportée en 2008, qui oblige la personne accusée à démontrer aussi que sa consommation est compatible avec les résultats des analyses. Cette modification de la présomption d’identité, qui a coïncidé avec celles apportées à l’al. 258(1)(c) *C. cr.*, était motivée par le même objectif que ces dernières. Le Parlement voulait que la valeur probante accordée aux résultats des analyses corresponde à leur fiabilité scientifique. J’ai reconnu plus tôt que cet objectif était urgent et réel et la même conclusion s’impose ici.

[89] Le lien rationnel entre chacune des deux exigences intégrées à l’al. 258(1)(d.1), et leur objectif législatif respectif peut facilement être établi. Dans le premier cas, le moyen est lié à la volonté du Parlement d’éviter que la poursuite doive recourir à des experts pour prouver l’alcoolémie de la personne accusée au moment de l’infraction reprochée lorsque l’écart n’est pas significatif. Dans le deuxième cas, il est lié à la volonté du Parlement de faire reconnaître la valeur scientifique des résultats d’analyses et d’établir une corrélation explicite entre les résultats de l’alcooltest et la variation du taux d’alcoolémie due à une consommation d’alcool juste avant ou juste après l’infraction reprochée.

[90] À mon avis, l’al. 258(1)(d.1) *C. cr.* satisfait aussi au critère de l’atteinte minimale. Si l’obligation de démontrer le lien entre le mauvais fonctionnement de l’appareil et une alcoolémie supérieure à 0,08 constitue un fardeau trop lourd pour la

imposes an undue burden on the accused, the same is not true of requiring the accused to show that his or her consumption of alcohol shortly before or after the alleged offence was consistent with a blood alcohol level that did not exceed .08 at the time of the alleged offence. In such situations, the accused does not challenge the test results, but invokes his or her own unusual behaviour. It is the accused — and not the prosecution — who knows when he or she drank, and how much. What is more, it is also the accused — and not the prosecution — who would decide to analyze his or her capacity to absorb and eliminate alcohol, and to adduce evidence in this regard. I do not therefore consider it unduly onerous to require the person who has this information and is in a position to tender relevant evidence to show not only that he or she had a “last drink”, or drank after being pulled over, but also that the difference resulting from that consumption is relevant to the determination of his or her guilt or innocence. I should also note that the cases in which such a defence is raised should be rare, and that such a case would denote either significant irresponsibility with regard to public safety or a pathological reaction by the accused. As L’Heureux-Dubé J. pointed out in *St. Pierre* (at para. 106),

[i]n most cases, moreover, there is good reason to suspect that post-driving drinking (or just the claim thereof) is an act of mischief intended to thwart police investigators. All such cases, at the very least, involve a significant degree of irresponsibility and a cavalier disregard for the safety of others and the integrity of the judicial system. This Court should not encourage or, at the very least, lend legitimacy, to such behaviour.

[91] As for the second requirement of s. 258(1)(d.1) *Cr. C.*, it also infringes the right to be presumed innocent as little as reasonably possible. Where the reliability of the test results is not in dispute, requiring that evidence to the contrary be consistent with those results means that the defences raised by the accused must be consistent with one another. If the results would not have shown a blood alcohol level over .08 without the “last drink” or “post-driving drinking”, then the consumption of alcohol by the accused will necessarily be consistent with

personne accusée, il n’en va pas de même de l’obligation de démontrer que la consommation d’alcool juste avant ou juste après l’infraction reprochée était compatible avec une alcoolémie ne dépassant pas 0,08 au moment de l’infraction alléguée. Il ne s’agit pas ici de cas où la personne accusée conteste les résultats des analyses, mais de situations où elle invoque son propre comportement inusité. C’est la personne accusée et non la poursuite qui sait quand elle a consommé de l’alcool et en quelle quantité. En outre, la décision d’analyser sa capacité d’absorption et d’élimination et de présenter une preuve à cet égard relève d’elle et non de la poursuite. Il ne me paraît donc pas trop onéreux d’obliger la personne qui possède ces renseignements et cette faculté qu’elle démontre, non seulement qu’elle a pris un « dernier verre » ou un verre après avoir été arrêtée, mais que l’écart résultant de cette consommation est pertinent pour décider de sa culpabilité. Il convient également de mentionner que les cas où une telle défense sera soulevée devraient être rares, et dénotent soit un haut degré d’irresponsabilité à l’égard de la sécurité publique soit une réaction pathologique de la part de la personne accusée. Tel que soulignait la juge L’Heureux-Dubé dans *St. Pierre* (par. 106),

[d]ans la plupart des cas, au surplus, il y a tout lieu de soupçonner que le fait de boire après avoir conduit (ou simplement d’affirmer qu’on l’a fait) est un acte malveillant destiné à déjouer les policiers enquêteurs. Tous ces cas, à tout le moins, dénotent un haut degré d’irresponsabilité et une insouciance cavalière à l’égard de la sécurité d’autrui et de l’intégrité du système judiciaire. Notre Cour ne doit pas encourager une telle conduite ou, à tout le moins, lui conférer quelque légitimité que ce soit.

[91] La deuxième exigence de l’al. 258(1)d.1) *C. cr.* porte elle aussi atteinte aussi peu qu’il est raisonnablement possible de le faire à la présomption d’innocence. Dans un contexte où la fiabilité des résultats d’analyses n’est pas contestée, le fait d’exiger que la preuve contraire soit compatible avec ces résultats impose une cohérence dans les moyens de défense avancés par la personne accusée. Si, sans le « dernier verre » ou le « verre après avoir conduit », les analyses n’auraient pas révélé un taux supérieur à 0,08, la consommation d’alcool de la personne

the test results. If the defence relates to the reliability of the results, then the accused must impugn the test process itself under s. 258(1)(c) *Cr. C.* and show that the instrument was malfunctioning or was operated improperly. An accused cannot rely on s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* to rebut the presumption of accuracy or the first presumption of identity by raising a *Carter* defence — that would undermine the integrity of the entire legislative scheme.

[92] Section 258(1)(d.1) *Cr. C.* strikes a fair balance between collective rights and individual rights, and is part of a broader legislative scheme designed to confirm the primacy of breathalyzer test results. It is a justified infringement of the right to be presumed innocent.

7. Compatibility of Section 258(1)(d.1) with the Protection Against Self-Incrimination (Section 11(c) of the Charter)

[93] The protection against self-incrimination does not apply in every case in which the accused risks being found guilty if he or she does not present a defence. In *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, this Court noted that “[t]here is an important difference between a burden of proof with regard to an offence or an evidentiary burden, and the . . . need to respond when the Crown establishes a *prima facie* case, in order to raise a reasonable doubt about it” (para. 50). The need for the accused to testify to raise a doubt after the prosecution has produced evidence — where, for example, he or she wishes to rely on an alibi defence — results from a decision over which the Crown has no control. The prosecution is responsible neither for the choice of the accused nor for the consequences of that choice. The decision to testify in such circumstances is not incompatible with the protection against self-incrimination.

[94] Section 258(1)(d.1) places an evidentiary burden on the accused. Since the effect of the presumption is that the prosecution need not prove that

accusée sera nécessairement compatible avec les résultats des analyses. Si la défense vise la fiabilité des résultats, elle devra attaquer le processus d’analyse lui-même conformément à l’al. 258(1)c) *C. cr.* et démontrer le mauvais fonctionnement ou l’utilisation incorrecte de l’appareil. L’alinéa 258(1)d.1) *C. cr.* ne peut être invoqué par la personne accusée pour attaquer la présomption d’exactitude ou la première présomption d’identité au moyen d’une défense de type *Carter* — ce faire porterait atteinte à l’intégrité de l’ensemble du régime établi par la loi.

[92] L’alinéa 258(1)d.1) *C. cr.* établit un juste équilibre entre les droits collectifs et les droits individuels, et il s’insère dans un régime législatif plus vaste tendant à faire reconnaître la primauté des résultats des alcootests. Il constitue une atteinte justifiée à la présomption d’innocence.

7. Conformité de l’al. 258(1)d.1) avec la protection contre l’auto-incrimination (al. 11c) de la Charte)

[93] La protection contre l’auto-incrimination n’entre pas en jeu dans tous les cas où la personne accusée risque d’être déclarée coupable si elle ne présente pas une défense. Dans l’arrêt *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, notre Cour a reconnu qu’« [i]l y a une différence importante entre un fardeau de preuve relatif à une infraction, ou un fardeau de présentation, et la nécessité [. . .] de répondre afin de soulever un doute raisonnable au sujet d’une preuve *prima facie* établie par le ministère public » (par. 50). Le fait que la personne accusée doive témoigner pour soulever un doute après la présentation de la preuve de la poursuite, par exemple lorsqu’elle veut présenter une défense d’alibi, résulte d’une décision sur laquelle le ministère public n’a aucun contrôle. Le choix de la personne accusée et ses conséquences ne sont pas imputables à la poursuite. La décision de témoigner dans ces circonstances n’emporte pas une contravention à la protection contre l’auto-incrimination.

[94] L’alinéa 258(1)d.1) impose un fardeau de présentation à la personne accusée. Comme la poursuite est dispensée par la présomption de faire

the consumption pattern of the accused is irrelevant to the reliability of the test results, the onus is on the accused to prove its relevance in order to ensure that those results do not stand as proof of his or her blood alcohol level at the time of the offence. Since the burden results from a statutory presumption and is not based on proven facts, it might at first glance be inferred from *Darrach* that the evidentiary burden is incompatible with the protection against self-incrimination. But this inference does not withstand scrutiny. The presumption is based on the usual behaviour of drivers, who do not generally drink a sufficient quantity of alcohol to alter the results either just before or just after being pulled over by the police. It is in fact the exceptional behaviour of the accused, not the statutory presumption in the prosecution's favour under s. 258(1)(d.1), that makes it necessary for the accused to testify.

[95] This conclusion can best be understood by considering the situation that arises in a case in which the prosecution cannot rely on the presumption of identity established in s. 258(1)(d.1), where, for example, more than two hours passed between the time of the alleged offence and that of the test. In such a case, an expert will take the blood alcohol level of the accused at the time of the test and use it to try to calculate retroactively what that level would have been at the time when the accused was pulled over. To do this, the expert must make certain factual assumptions, for example, that the accused did not consume a large quantity of alcohol within approximately one half hour before the alleged offence (in other words, that a portion of the alcohol the accused consumed had already been absorbed when he or she was pulled over), or between the time when he or she was pulled over and that of the test. If nothing in the evidence makes it possible to cast doubt on the expert's assumptions, the court may make a deduction, based on common sense, that a person will not generally ingest large quantities of alcohol immediately before driving or while driving, or after being pulled over by the police (*R. v. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424; *R. v. Grosse* (1996), 29 O.R. (3d)

la preuve que le comportement de consommation de la personne accusée n'est pas pertinent à l'égard de la fiabilité des résultats des analyses, c'est à cette dernière qu'il revient d'apporter la preuve de cette pertinence pour éviter que les résultats des analyses fassent foi de son alcoolémie au moment de l'infraction. À première vue, comme le fardeau découle d'une présomption légale et non de faits prouvés, on pourrait inférer de l'arrêt *Darrach* que le fardeau de présentation entraîne une contravention à la protection contre l'auto-incrimination. Cette inférence ne résiste cependant pas à l'analyse. La présomption est fondée sur le comportement habituel des conducteurs; ceux-ci ne boivent généralement pas une quantité d'alcool suffisante pour influencer les résultats juste avant ou juste après l'interpellation. C'est véritablement le caractère exceptionnel du comportement de la personne accusée, plutôt que la présomption légale dont bénéficie la poursuite en vertu de l'al. 258(1)d.1), qui fait en sorte que celle-ci doive témoigner.

[95] Pour mieux comprendre cette conclusion, il est utile d'examiner la situation qui se présente dans les cas où la poursuite ne peut bénéficier de la présomption d'identité établie par l'al. 258(1)d.1), par exemple parce qu'il s'est écoulé plus de deux heures entre le moment de l'infraction reprochée et celui des analyses. Un expert tente alors de calculer rétroactivement l'alcoolémie de la personne accusée au moment de l'interpellation à partir de son alcoolémie au moment des analyses. Pour ce faire, l'expert doit faire certaines hypothèses factuelles, notamment le fait que la personne accusée n'a pas consommé une quantité importante d'alcool dans la demi-heure environ qui a précédé l'infraction reprochée (en d'autres termes, qu'une partie de l'alcool consommé par la personne accusée était déjà absorbée au moment de l'interpellation) ou entre l'interpellation et les analyses. Si rien dans la preuve ne permet de mettre en doute les hypothèses de l'expert, le tribunal peut faire une déduction fondée sur le bon sens, à savoir qu'une personne n'ingère généralement pas de grandes quantités d'alcool immédiatement avant de conduire, en conduisant ou encore après avoir été interpellée par la police (*R. c. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424; *R. c. Grosse* (1996), 29 O.R. (3d)

785 (C.A.); *R. v. Hall*, 2007 ONCA 8, 83 O.R. (3d) 641; *R. v. Bulman*, 2007 ONCA 169, 221 O.A.C. 210).

[96] In sum, even without the presumption of identity, the accused might be required to raise a doubt about his or her unusual alcohol consumption if nothing in the evidence indicates that the expert's assumptions are erroneous. It therefore seems artificial to say that requiring the accused under s. 258(1)(d.1) to testify about his or her alcohol consumption imposes an evidentiary burden on the accused. The choice by the accused to testify in this regard flows from a decision that must be made whenever the Crown's evidence is sufficient to support a conviction. Thus, s. 11(c) of the *Charter* is not infringed.

#### 8. Application to the Facts of This Case

[97] The respondent was charged under s. 253(1)(b) *Cr. C.* with operating a vehicle with a blood alcohol level over the legal limit. A qualified technician took three breath samples from her using an Intoxilyzer 5000C instrument. The analyses showed blood alcohol levels of 164 mg, 124 mg and 130 mg in 100 ml of blood. Before Judge Chapdelaine, the respondent challenged the application of the presumption of accuracy on the basis of the differences in the test results. She argued that the technician should not have taken the result of the second sample into account if he did not think it reflected her actual blood alcohol level. In the respondent's view, because of the difference of more than 20 mg between the third analysis and the first, the technician should have taken a fourth sample. She contended that the prosecution could not benefit from the presumption of accuracy in these circumstances. The respondent also argued that the new provisions on breathalyzer test results are unconstitutional.

[98] Judge Chapdelaine found that the qualified technician's testimony was sufficient to explain the differences in the results of the three analyses,

785 (C.A.); *R. c. Hall*, 2007 ONCA 8, 83 O.R. (3d) 641; *R. c. Bulman*, 2007 ONCA 169, 221 O.A.C. 210).

[96] En somme, même en l'absence de présomption d'identité, la personne accusée pourrait être obligée de soulever un doute sur sa consommation d'alcool hors-norme si rien dans la preuve n'indique que les hypothèses de l'expert ne sont pas fondées. Pour cette raison, il me paraît artificiel d'affirmer que l'obligation de la personne accusée de témoigner sur sa consommation d'alcool pour l'application de l'al. 258(1)d.1) emporte qu'elle est assujettie à un fardeau de présentation. Le choix de cette personne de témoigner à cet égard découle d'une décision qui survient chaque fois que la preuve du ministère public est suffisante pour mener à une déclaration de culpabilité. Il n'y a donc pas atteinte à l'al. 11c) de la *Charte*.

#### 8. Application aux faits de l'espèce

[97] L'intimée est accusée, en vertu de l'al. 253(1)b) *C. cr.*, d'avoir conduit un véhicule avec une alcoolémie supérieure à la limite légale. Un technicien qualifié a obtenu de l'intimée trois échantillons d'haleine à l'aide d'un appareil Intoxilyzer 5000C. Les analyses ont révélé des alcoolémies de 164 mg, 124 mg et 130 mg par 100 ml de sang. Devant le juge Chapdelaine, l'intimée a contesté l'application de la présomption d'exactitude, se fondant sur l'écart entre les résultats des analyses. Elle a soutenu que si le technicien estimait que le résultat du deuxième échantillon ne reflétait pas sa véritable alcoolémie, il ne devait pas en tenir compte. Selon elle, parce que la troisième analyse révélait un écart de plus de 20 mg par rapport à la première analyse, le technicien devait obtenir un quatrième échantillon. L'intimée a prétendu que la poursuite ne pouvait bénéficier de la présomption d'exactitude dans ces circonstances. L'intimée a également plaidé l'inconstitutionnalité des nouvelles dispositions relatives aux résultats des analyses faites au moyen des alcootests.

[98] Le juge Chapdelaine a conclu que le témoignage du technicien qualifié était suffisant pour expliquer l'écart entre les résultats des trois analyses

and that the technician's certificate was proof of its content. The technician had taken a third breath sample from the respondent because of the difference of more than 20 mg between the first two results. He testified that the respondent had not blown hard enough when the last two samples were taken (three seconds for the second sample and four seconds for the third), mainly because she was crying. In his opinion, however, the instrument had functioned effectively, and the last two samples were valid even though the results obtained from them were below the respondent's actual blood alcohol level.

[99] Regarding the constitutional challenge, Judge Chapdelaine expressed the opinion that the statutory amendments did not bar the respondent from presenting a *Carter* defence to rebut the presumption of accuracy. He therefore assessed the probative value of her testimony concerning her consumption of alcohol. On the basis of what she said she had consumed, her blood alcohol level at the time she was pulled over would have been 58 mg in 100 ml of blood.

[100] In light of the evidence, Judge Chapdelaine concluded that the respondent's testimony about her alcohol consumption was not sufficiently serious or probative to raise a reasonable doubt. Finding that the qualified technician's explanations were sufficient and that the presumptions established in s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* applied, he accordingly convicted the respondent of operating a vehicle with a blood alcohol level over the legal limit. In short, Judge Chapdelaine erred in holding that the respondent could rebut the presumption of accuracy of s. 258(1)(c) *Cr. C.* by presenting a *Carter* defence, but that error did not affect his conclusion, since, when all is said and done, he did not believe the respondent. The conviction is therefore upheld.

[101] For these reasons, I would allow the appeal in part and answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 258(1)(c), 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe

et que son certificat faisait preuve de son contenu. En l'espèce, vu l'écart de plus de 20 mg entre les deux premiers résultats, le technicien qualifié a procédé à trois prélèvements de l'haleine de l'intimée. Il a témoigné que celle-ci n'avait pas soufflé suffisamment fort lors des deux derniers prélèvements (trois secondes pour le deuxième échantillon et quatre secondes pour le troisième), notamment parce qu'elle pleurait. Selon lui, l'alcootest avait cependant fonctionné de façon efficace et les deux derniers prélèvements étaient utiles, bien que les résultats obtenus sous-estimaient l'alcoolémie vérifiable de l'intimée.

[99] Relativement à la contestation constitutionnelle, le juge Chapdelaine a exprimé l'avis que les modifications législatives n'avaient pas pour effet d'empêcher l'intimée de présenter une défense de type *Carter* pour repousser la présomption d'exactitude. Il a donc apprécié la valeur probante de son témoignage sur sa consommation d'alcool. Suivant ce qu'elle disait avoir consommé, son alcoolémie au moment de l'interpellation aurait été de 58 mg par 100 ml de sang.

[100] Le juge Chapdelaine a conclu, à la lumière de la preuve, que le témoignage de l'intimée concernant sa consommation d'alcool ne possédait pas un caractère sérieux et probant susceptible de soulever un doute raisonnable. Estimant que les explications du technicien qualifié étaient suffisantes et que les présomptions prévues aux al. 258(1)(c) et 258(1)(d.1) *C. cr.* étaient applicables, il a donc déclaré l'intimée coupable d'avoir conduit un véhicule avec une alcoolémie supérieure à la limite légale. En somme, bien que le juge Chapdelaine ait, à tort, considéré que l'intimée pouvait repousser la présomption d'exactitude de l'al. 258(1)(c) *C. cr.* en présentant une défense de type *Carter*, cette erreur n'a pas affecté sa conclusion, étant donné qu'il n'a pas cru l'intimée en définitive. À cet égard, la déclaration de culpabilité est confirmée.

[101] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de répondre de la façon suivante aux questions constitutionnelles :

1. Les alinéas 258(1)(c), 258(1)(d.01) et 258(1)(d.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, portent-ils

s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

3. Do ss. 258(1)(c), 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

5. Do ss. 258(1)(c), 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Sections 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1), and s. 258(1)(c) after severance of the words “all of the following three things —” and “, that the malfunction or improper operation resulted in the determination that the concentration of alcohol in the accused’s blood exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood, and that the concentration of alcohol in the accused’s blood would not in fact have exceeded 80 mg of alcohol in

atteinte à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non

2. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Les alinéas 258(1)(c), 258(1)(d.01) et 258(1)(d.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, portent-ils atteinte à l’al. 11(c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non

4. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. Les alinéas 258(1)(c), 258(1)(d.01) et 258(1)(d.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, portent-ils atteinte à l’al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui

6. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Les alinéas 258(1)(d.01) et 258(1)(d.1) sont justifiés au sens de l’article premier de la *Charte*. L’alinéa 258(1)(c), amputé des mots « en l’absence de toute preuve tendant à démontrer à la fois que les résultats des analyses montrant une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d’alcool par cent millilitres de sang découlent du mauvais fonctionnement ou de l’utilisation incorrecte de l’alcooltest approuvé et



100 mL of blood at the time when the offence was alleged to have been committed”, are justified under s. 1 of the *Charter*.

The reasons of Rothstein and Cromwell JJ. were delivered by

CROMWELL J. (dissenting in part) —

#### I. Introduction

[102] I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Deschamps J. I agree with her that the conviction should be upheld. With respect to the constitutional issues, I also agree that s. 258(1)(c) and s. 258(1)(d.01) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”), do not violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that s. 258(1)(d.1) *Cr. C.* does not violate s. 11(c) of the *Charter*.

[103] However, I respectfully am not persuaded that ss. 258(1)(c), 258(1)(d.01) or 258(1)(d.1) limit the right to be presumed innocent as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. Even assuming, without deciding, that they do, I conclude that any limitation is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. I would answer the relevant constitutional questions in the negative and allow the appeal.

[104] In my respectful view, the record before us shows that the results of a breathalyzer analysis, performed in accordance with the statutory requirements, are sufficiently reliable that it would not be reasonable to doubt that a reading exceeding 80 mg of alcohol in 100 ml of blood (“.08”) accurately reflects a blood alcohol level that is over .08 at the time of testing and at the time of the alleged

que l’alcoolémie de l’accusé au moment où l’infraction aurait été commise ne dépassait pas quatre-vingts milligrammes d’alcool par cent millilitres de sang », qui sont remplacés par les mots « en l’absence de toute preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l’utilisation incorrecte de l’alcooltest approuvé », est justifié au sens de l’article premier de la *Charte*.

Version française des motifs des juges Rothstein et Cromwell rendus par

LE JUGE CROMWELL (dissident en partie) —

#### I. Introduction

[102] J’ai lu les motifs de ma collègue la juge Deschamps et, comme elle, je suis d’avis qu’il y a lieu de confirmer la déclaration de culpabilité. Pour ce qui est des questions constitutionnelles, je conclus également que les al. 258(1)(c) et 258(1)(d.01) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »), ne violent pas l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que l’al. 258(1)(d.1) *C. cr.* ne viole pas l’al. 11(c) de la *Charte*.

[103] Toutefois, avec égards pour l’opinion exprimée par ma collègue, je ne suis pas convaincu que les al. 258(1)(c), 258(1)(d.01) ou 258(1)(d.1) limitent le droit à la présomption d’innocence garanti par l’al. 11(d) de la *Charte*. Même en supposant — sans toutefois décider — qu’ils ont cet effet, je conclus qu’il s’agit d’une limite raisonnable et justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique. En conséquence, je répondrais par la négative aux questions constitutionnelles pertinentes et j’accueillerais le pourvoi.

[104] À mon humble avis, il ressort du dossier dont nous disposons que les résultats d’une analyse d’alcoolémie effectuée conformément aux exigences de la loi sont suffisamment fiables et qu’il ne serait pas raisonnable de douter qu’une lecture d’alcoolémie supérieure à 80 mg d’alcool par 100 ml de sang (« 0,08 ») reflète exactement l’existence d’un tel taux à la fois au moment de l’analyse et

offence, absent evidence raising a realistic concern about the proper functioning or operation of the device. That in my view is the effect of the provisions and this meets the requirements of s. 11(d).

[105] If I am wrong in that conclusion, I agree with Deschamps J. to the extent that she finds that aspects of the scheme are justified limitations, but respectfully disagree that some other aspects are not.

## II. The Statutory Scheme and the Challenged Provisions

### A. *Nature of the Statutory Scheme and the Challenged Provisions*

[106] The provisions in issue are interrelated and for the purposes of the constitutional analysis, they must be examined in light of their overall effect. Before turning to the provisions in detail, therefore, it will be helpful to describe the statutory scheme and the place of the challenged provisions in it.

[107] To begin, I underline that the offence to which these provisions relate is operating, or having care or control of, a motor vehicle (or vessel or operating or assisting in the operation of an aircraft or of railway equipment) “having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person’s blood exceeds eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood”: s. 253(1)(b). It is not necessary for the Crown to prove any particular blood alcohol concentration (“BAC”). Rather, the accused’s guilt or innocence will depend on proof that his or her BAC exceeded the legal limit (.08) at the time of the alleged offence (hereafter “driving”).

[108] Evidence of this element of the offence will most often come from the results of an analysis of breath samples provided by the accused in compliance with a demand by a peace officer. The *Criminal Code* sets up a detailed scheme governing how these samples may be lawfully obtained,

au moment de l’infraction reprochée, en l’absence de preuve soulevant une crainte réaliste au sujet du bon fonctionnement ou de l’utilisation correcte de l’appareil. Voilà, à mon avis, quel est l’effet des dispositions en litige et, en conséquence, celles-ci satisfont aux exigences de l’al. 11d).

[105] Si je me trompe en tirant cette conclusion, je suis d’accord avec la juge Deschamps lorsqu’elle conclut que certains aspects du régime sont des limites justifiées, mais non lorsqu’elle affirme que d’autres aspects ne le sont pas.

## II. Le régime législatif et les dispositions contestées

### A. *La nature du régime législatif et des dispositions contestées*

[106] Les dispositions en litige sont interreliées et, pour les besoins de l’analyse constitutionnelle, elles doivent être considérées à la lumière de leur effet global. Par conséquent, avant d’examiner ces dispositions en détail, il est utile de décrire le régime législatif dans lequel elles s’inscrivent et la place qu’elles y occupent.

[107] Pour commencer, je souligne que l’infraction visée par les dispositions litigieuses est le fait pour l’accusé de conduire, ou d’avoir eu la garde ou le contrôle d’un véhicule à moteur (d’un bateau, d’un aéronef ou de matériel ferroviaire) « lorsqu’il a consommé une quantité d’alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d’alcool par cent millilitres de sang » : al. 253(1)b). Le ministère public n’a pas à prouver un taux d’alcoolémie (« TA ») précis. La culpabilité ou l’innocence de l’accusé dépendra plutôt de la preuve que le TA de ce dernier était supérieur à la limite légale (0,08) au moment de l’infraction reprochée (soit conduire un véhicule).

[108] La preuve de cet élément de l’infraction repose le plus souvent sur les résultats d’une analyse d’échantillons d’haleine fournis par l’accusé à la suite d’une demande en ce sens d’un agent de la paix. Le *Code criminel* instaure un régime détaillé régissant la manière dont ces échantillons peuvent

how they may be analyzed, how the results may be admitted into evidence and how the results may be challenged at trial. The provisions in issue in this appeal fall into this last category and it is useful to place them in the broader context of the breath analysis scheme.

[109] In order to make a lawful demand for a breath sample, a peace officer must have reasonable grounds to believe that a person is committing or has, within the preceding three hours, committed an offence under s. 253: s. 254(3). If several requirements are met, the prosecution will have the benefit of the presumptions facilitating proof of the accuracy of the results and of the fact that the results correspond to the accused's BAC at the time of driving. These requirements include time limits for taking the breath samples, the use of approved containers for taking the samples, the use of approved instruments for analyzing them and the operation of the instrument by a qualified technician.

[110] The challenged provisions which form part of this complex statutory scheme are based on three quite straight forward ideas. These ideas are that if all of the statutory requirements for taking and analyzing samples are observed: (1) the breathalyzer results are reliable in the absence of some basis in the evidence to doubt them; (2) the estimated BAC arrived at by consumption and elimination evidence (so-called *Carter* evidence; see *R. v. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174 (Ont. C.A.)), is not sufficiently reliable to be used to challenge the accuracy of breathalyzer results; and (3) the BAC at the time of testing will not be higher than at the time of driving, unless the accused drank a large quantity of alcohol shortly before driving or consumed alcohol between driving and testing. It will be helpful to say a few words about each of these ideas.

#### 1. Accuracy of Results

[111] The first idea is that, provided the analysis of breath samples is made in accordance with the

être obtenus légalement, puis analysés et admis en preuve, ainsi que la façon dont les résultats peuvent être contestés au procès. Les dispositions en litige dans le présent pourvoi relèvent de cette dernière catégorie et il est utile de les examiner dans le contexte général du régime des analyses d'haleine.

[109] Un agent de la paix peut valablement ordonner à une personne de lui fournir un échantillon d'haleine s'il a des motifs raisonnables de croire que cette personne est en train de commettre, ou a commis dans les trois heures précédentes, une infraction prévue à l'art. 253 : par. 254(3). Si diverses conditions sont respectées, la poursuite profitera des présomptions facilitant la preuve que les résultats sont exacts et du fait qu'ils correspondent au TA de l'accusé au moment où celui-ci conduisait le véhicule. Parmi ces conditions, mentionnons les délais de prélèvement des échantillons d'haleine, l'utilisation de contenants approuvés pour ces prélèvements, l'utilisation d'instruments d'analyse approuvés et la manipulation de l'appareil par un technicien qualifié.

[110] Les dispositions contestées faisant partie de ce régime législatif complexe reposent sur trois idées assez simples. Si toutes les conditions prescrites par la loi pour le prélèvement et l'analyse des échantillons sont observées : (1) les résultats indiqués par l'alcootest sont fiables, en l'absence d'éléments de preuve permettant d'en douter; (2) le TA estimé au moyen d'éléments de preuve relatifs au taux d'absorption ou d'élimination (la preuve de type *Carter*; voir *R. c. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174 (C.A. Ont.)), n'est pas assez fiable pour être utilisé pour contester l'exactitude des résultats indiqués par l'alcootest; (3) le TA au moment des analyses ne sera pas plus élevé qu'au moment où l'accusé conduisait, sauf si ce dernier a consommé une grande quantité d'alcool peu de temps avant de conduire ou s'il a consommé de l'alcool entre le moment où il conduisait et celui où il a subi le test. Il est utile de discuter brièvement de chacune de ces idées.

#### 1. L'exactitude des résultats

[111] Selon la première idée, pourvu que l'analyse des échantillons d'haleine soit effectuée

statutory requirements, its results should be accepted as accurately reflecting the accused's BAC at the time of testing unless there is some reason to question the proper functioning or operation of the device. This idea is based on the demonstrated accuracy of approved instruments when used properly by qualified technicians. The challenged provisions require this inference of accuracy to be drawn unless there is evidence capable of giving rise to a doubt about whether the approved device, as a result of improper functioning or use, generated a reading that wrongly showed the accused's BAC as exceeding the legal limit.

[112] More specifically, s. 258(1)(c) *Cr. C.* provides that evidence of the results of the analysis is conclusive proof of the accused's blood alcohol limit at the time of testing. There is, therefore, now clearly a presumption of accuracy in this provision. (This is subject to the analysis meeting the requirements as to the taking of each sample and analysis of it by means of an approved instrument operated by a qualified technician. I should add that if the two samples result in different levels, the lower is deemed to be the relevant blood alcohol level. I should also add that the provision deems the results of the analysis to reflect the accused's BAC at the time of driving as well. I will return to this aspect of the provision in a moment.)

[113] To avoid the operation of the presumption that the results of the analysis are accurate, the accused must point to evidence raising a reasonable doubt about each of the following three matters: (1) that the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly; (2) the malfunction or improper operation resulted in the determination that the accused's BAC was over .08; and (3) the accused's BAC was not over .08 at the time of driving. In other words, to avoid the inference that an approved device operated by a qualified technician yielded an accurate result, the accused must raise

conformément aux exigences prescrites par la loi, ses résultats doivent être considérés comme reflétant exactement le TA de l'accusé au moment du test, à moins qu'il n'existe quelque raison de mettre en doute le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil. Cette idée repose sur la précision avérée des instruments approuvés lorsqu'ils sont correctement utilisés par des techniciens qualifiés. Les dispositions contestées commandent une telle inférence d'exactitude, sauf s'il existe une preuve capable de faire naître dans l'esprit du tribunal un doute l'amenant à penser que, en raison d'un mauvais fonctionnement ou d'une utilisation incorrecte de l'appareil approuvé, celui-ci a produit une lecture indiquant à tort que le TA de l'accusé était supérieur à la limite légale.

[112] De façon plus particulière, l'al. 258(1)c) *C. cr.* précise que la preuve des résultats des analyses fait foi de façon concluante du TA de l'accusé au moment du test. Cette disposition crée donc maintenant clairement une présomption d'exactitude. (Cette conclusion est subordonnée à la condition que l'analyse satisfasse aux exigences relatives au prélèvement et à l'analyse de chaque échantillon au moyen d'un instrument approuvé, manipulé par un technicien qualifié. Je précise que, si les résultats tirés des deux échantillons ne sont pas identiques, le résultat le moins élevé est réputé être le véritable TA. Je dois également ajouter que, selon la disposition, les résultats de l'analyse sont réputés refléter le TA de l'accusé au moment où il conduisait. Je vais revenir un peu plus loin sur cet aspect de la disposition.)

[113] Afin d'éviter l'application de la présomption selon laquelle les résultats de l'analyse sont exacts, l'accusé doit indiquer dans la preuve des éléments soulevant un doute raisonnable à l'égard de chacun des trois aspects suivants : (1) l'instrument approuvé fonctionnait mal ou a été utilisé incorrectement; (2) en raison de ce mauvais fonctionnement ou de cette utilisation incorrecte, il a été déterminé que le TA de l'accusé était supérieur à 0,08; (3) le TA de l'accusé n'était pas supérieur à 0,08 au moment où il conduisait son véhicule. En d'autres mots, afin d'éviter l'inférence selon

a doubt that, but for improper functioning or operation of the device, the reading would have been within the legal limit.

[114] My colleague Deschamps J. is of the view that this limits the right to be presumed innocent guaranteed under s. 11(d) of the *Charter* and therefore must be justified under s. 1 to survive *Charter* scrutiny. For reasons I will set out in my analysis, my view is that it does not.

## 2. Consumption/Elimination Evidence

[115] The second idea is that *Carter* evidence should not be admitted to challenge the proper functioning or operation of the device. *Carter* evidence seeks to establish a BAC by applying estimates of absorption and elimination of alcohol in the blood on the basis of how much alcohol the accused consumed. The purpose of one of the challenged provisions, s. 258(1)(d.01), is to exclude this sort of evidence if it is directed to showing that the device malfunctioned, was operated improperly or that the analysis was improperly performed.

[116] My colleague concludes that this provision, in combination with s. 258(1)(c), limits the right to be presumed innocent, but that it does not infringe the right to make full answer and defence. While I agree that it does not limit the right to make full answer and defence, my view is that it does not limit the right to be presumed innocent either.

## 3. BAC at Time of Testing and Driving

[117] The third idea underpinning the scheme and the challenged provisions is that the accused's BAC at the time of driving will generally not have been lower than at the time of testing unless the

laquelle un appareil approuvé et ayant été manipulé par un technicien qualifié a produit un résultat exact, l'accusé doit faire naître un doute amenant à penser que, n'eût été le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil, le résultat obtenu n'aurait pas dépassé la limite légale.

[114] De l'avis de ma collègue la juge Deschamps, cette exigence a pour effet de limiter le droit à la présomption d'innocence garanti par l'al. 11d) de la *Charte* et, pour résister à un examen fondé sur la *Charte*, elle doit donc être justifiée conformément à l'article premier de la *Charte*. Pour les motifs que j'énoncerai dans mon analyse, je suis d'avis qu'elle n'a pas cet effet.

## 2. La preuve relative au taux d'absorption et d'élimination

[115] La deuxième idée est qu'une preuve de type *Carter* ne devrait pas être admise pour contester le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil. Une telle preuve vise à établir le TA au moyen d'estimations de l'absorption et de l'élimination de l'alcool dans le sang basées sur la quantité d'alcool consommé par l'accusé. L'une des dispositions contestées, l'al. 258(1)(d.01), a pour objet d'exclure ce type de preuve si celle-ci vise à démontrer que l'appareil a mal fonctionné, qu'il n'a pas été utilisé correctement ou que les analyses ont été effectuées incorrectement.

[116] Ma collègue conclut que, conjuguée à l'al. 258(1)(c), cette disposition limite le droit à la présomption d'innocence, mais ne viole pas le droit de présenter une défense pleine et entière. Bien que je souscrive à la seconde conclusion, je suis d'avis que la disposition ne limite pas non plus le droit à la présomption d'innocence.

## 3. Le TA au moment du test et au moment de la conduite

[117] La troisième idée qui sous-tend le régime et les dispositions contestées est que le TA de l'accusé au moment où il conduisait n'est généralement pas moins élevé que son TA au moment du test,

accused drank a large amount of alcohol shortly before driving (this is often referred to as “bolus drinking”) or consumed alcohol between driving and testing (I will refer to this as intervening drinking). This idea is addressed in two places in the challenged provisions and it is important to take both into account in the constitutional analysis. In s. 258(1)(c), there is the first “presumption of identity”. It stipulates that the BAC at the time of testing (or the lowest of the results of multiple tests) is conclusive proof that the BAC *at the time of the offence* was the same. (This of course is subject to the tests being administered in accordance with the statutory scheme, and to there being no reasonable doubt that the readings were over the limit as a result of malfunction or improper operation or that the accused’s BAC at the time of driving was in fact under .08.) The second presumption of identity is found in s. 258(1)(d.1). It provides that, if the results of analyses show a BAC over .08, that is proof that the BAC at the time of the alleged offence was over .08, in the absence of evidence tending to show that the accused’s consumption of alcohol was consistent with both a BAC over .08 at the time of testing and under .08 at the time of the offence. This provision addresses the possibility of bolus and intervening drinking.

[118] As noted earlier, *Carter* evidence is not admissible to show that the device malfunctioned or was operated improperly (s. 258(1)(d.01)). Thus, such evidence cannot be used to rebut the first presumption of identity by attacking these aspects of the accuracy of the test results. However, and I think this is an important qualification of the exclusion of evidence, s. 258(1)(d.1) *permits Carter* evidence to rebut this second presumption of identity, provided that the evidence is consistent with both the readings and innocence. In other words, the admission of this evidence for the purpose of rebutting this presumption is premised on the accuracy of the readings. While the statute is not as clear as it might be, I understand that these two presumptions

sauf s’il a consommé une grande quantité d’alcool peu de temps avant de conduire (ce qu’on appelle souvent la défense du « dernier verre ») ou encore s’il a consommé de l’alcool entre le moment où il a conduit et celui où il a subi le test (situation que j’appellerai le « verre d’après »). Cette idée est traitée à deux endroits dans les dispositions contestées et il est important de se référer aux deux dans le cadre de l’analyse constitutionnelle. L’alinéa 258(1)c) fait état de la première « présomption d’identité ». On y précise que le TA au moment du test (ou le plus faible des résultats tirés de plusieurs analyses) fait foi de façon concluante que le TA était le même *au moment de l’infraction*. (Pour que s’applique cette présomption, il faut bien sûr que les analyses aient été effectuées en conformité avec le régime législatif et qu’il n’existe aucun doute raisonnable que les résultats dépassaient la limite légale en raison d’un mauvais fonctionnement ou de l’utilisation incorrecte de l’appareil ou que le TA de l’accusé était dans les faits inférieur à 0,08 au moment où il conduisait.) La deuxième présomption d’identité figure à l’al. 258(1)d.1). Elle prévoit que, si les résultats des analyses indiquent un TA supérieur à 0,08, ces résultats font foi de ce TA au moment de l’infraction reprochée en l’absence de preuve tendant à démontrer que la consommation d’alcool par l’accusé était compatible à la fois avec un TA supérieur à 0,08 au moment du test et inférieur à 0,08 au moment où l’infraction aurait été commise. Cette disposition vise la possibilité du dernier verre ou du verre d’après.

[118] Comme je l’ai signalé précédemment, une preuve de type *Carter* n’est pas admissible pour démontrer que l’appareil fonctionnait mal ou qu’il a été utilisé incorrectement (al. 258(1)d.01)). Par conséquent, une telle preuve ne peut pas être utilisée pour réfuter la première présomption d’identité en attaquant ces aspects de l’exactitude des résultats des analyses. Toutefois — et je crois qu’il s’agit là d’une précision importante en ce qui concerne l’exclusion de la preuve —, l’al. 258(1)d.1) *permet* la présentation d’une preuve de type *Carter* pour réfuter cette deuxième présomption d’identité, pourvu que cette preuve soit compatible à la fois avec les résultats et avec l’innocence. En d’autres mots, l’exactitude des résultats est à la base de

of identity are not intended to conflict. In other words, if an accused raises a reasonable doubt by means of *Carter* evidence under s. 258(1)(d.1), the presumption of identity in s. 258(1)(c) does not continue to operate.

[119] My colleague finds that these provisions limit the presumption of innocence and I respectfully am of the view that they do not.

#### 4. Section 1 Justification

[120] My colleague concludes that limiting the challenge to the accuracy of the readings to evidence raising a doubt about whether the instrument was malfunctioning or was operated improperly (the first requirement of s. 258(1)(c)) is a justified limitation of the right to be presumed innocent, as are the limitations on the admissibility of *Carter* evidence as set out in ss. 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1). However, my colleague concludes that the other two requirements in s. 258(1)(c), that is the burden on the accused to raise a doubt that the malfunctioning or improper operation of the device resulted in the over .08 reading and that the accused was in fact below the legal limit at the time of driving, are not justified and therefore violate s. 11(d) of the *Charter*. I respectfully disagree. In my view, all that these provisions do is to require that any doubt about the proper functioning or operation of the instrument be material to the issue of whether the accused's BAC at the time of driving was in fact below .08. Even assuming for a moment that s. 258(1)(c) did in fact violate s. 11(d), this requirement of materiality would in my view constitute a reasonable and demonstrably justified limitation on the right to be presumed innocent.

l'admission d'une telle preuve dans le but de réfuter cette présomption. Bien que la loi ne soit pas aussi claire qu'elle pourrait l'être, j'estime que ces deux présomptions d'identité ne sont pas censées être incompatibles. Autrement dit, si un accusé soulève un doute raisonnable en vertu de l'al. 258(1)(d.1) au moyen d'une preuve de type *Carter*, la présomption d'identité établie à l'al. 258(1)(c) cesse de s'appliquer.

[119] Ma collègue conclut que ces dispositions limitent la présomption d'innocence, mais, avec égards, je suis d'avis que ce n'est pas le cas.

#### 4. La justification au regard de l'article premier de la *Charte*

[120] Ma collègue conclut que le fait de restreindre la possibilité de contester l'exactitude des résultats au fait d'indiquer dans la preuve des éléments soulevant un doute quant au bon fonctionnement ou à l'utilisation correcte de l'instrument (la première exigence de l'al. 258(1)(c)) constitue une limite justifiée au droit à la présomption d'innocence, tout comme le sont les limites à l'admissibilité de la preuve de type *Carter* énoncées aux al. 258(1)(d.01) et 258(1)(d.1). Toutefois, ma collègue juge que les deux autres exigences prévues à l'al. 258(1)(c) — à savoir l'obligation faite à l'accusé de soulever un doute en indiquant dans la preuve des éléments tendant à démontrer que le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil a occasionné le résultat supérieur à 0,08 et que le TA de l'accusé était dans les faits inférieur à la limite légale au moment où il conduisait — ne sont pas justifiées et violent en conséquence l'al. 11(d) de la *Charte*. Je ne peux souscrire à cette opinion. Selon moi, ces dispositions exigent uniquement que tout doute au sujet du bon fonctionnement ou de l'utilisation correcte de l'appareil soit important en ce qui concerne la question de savoir si le TA de l'accusé au moment où il conduisait était dans les faits inférieur à 0,08. Même en supposant un instant que l'al. 258(1)(c) viole effectivement l'al. 11(d), l'exigence voulant que le doute soit important constituerait à mon avis une limite raisonnable et justifiée au droit à la présomption d'innocence.

### 5. Summary

[121] To summarize, the nature of the scheme is this:

- A reading obtained in accordance with the statutory requirements is deemed accurate, absent some evidence suggesting that the reading exceeded .08 as a result of instrument malfunction or improper operation and that the accused's BAC did not exceed .08 at the time of driving.
- *Carter* evidence is not admissible to raise a reasonable doubt that the instrument malfunctioned, or was operated improperly. When concerned with the first presumption of identity, it is only admissible to raise a reasonable doubt that the accused's BAC exceeded .08 at the time of driving. It follows that the presumption that the BAC at the time of driving is the same as at the time of testing cannot be rebutted by *Carter* evidence alone challenging the accuracy of the reading.
- *Carter* evidence is admissible to rebut the second presumption of identity provided that the evidence is consistent with both the BAC indicated by the results at the time of testing and with a BAC at the time of driving which is below .08. In other words, consumption evidence in the cases of bolus and intervening drinking is admissible provided that it is consistent with both the test results and innocence.

### B. *Overview of Conclusions*

[122] In overview, my position respecting the constitutionality of this scheme is as follows. *First*, Parliament in formulating these provisions was entitled to act on the basis of widely accepted scientific evidence and the Court should take such evidence as is properly before the Court into account

### 5. Résumé

[121] Pour résumer, la nature du régime peut être décrite ainsi :

- Un résultat obtenu en conformité avec les exigences prescrites par la loi est réputé exact, en l'absence de toute preuve tendant à démontrer que le résultat supérieur à 0,08 découle d'un mauvais fonctionnement ou d'une utilisation incorrecte de l'appareil et que le TA de l'accusé n'était pas supérieur à 0,08 au moment où il conduisait.
- Aucune preuve de type *Carter* n'est admissible pour soulever un doute raisonnable quant au bon fonctionnement ou à l'utilisation correcte de l'appareil. Relativement à la première présomption d'identité, une telle preuve n'est admissible que pour soulever un doute raisonnable à l'égard du fait que le TA de l'accusé dépassait 0,08 au moment où il conduisait. Il s'ensuit que la présomption selon laquelle le TA de l'accusé au moment où il conduisait est identique à son TA au moment des analyses ne peut pas être réfutée au moyen seulement d'une preuve de type *Carter* contestant l'exactitude du résultat.
- Une preuve de type *Carter* est admissible pour réfuter la deuxième présomption d'identité, à la condition que cette preuve soit compatible à la fois avec le TA indiqué par les résultats des analyses et avec un TA inférieur à 0,08 au moment où l'accusé conduisait. En d'autres mots, dans les situations de dernier verre et de verre d'après, la preuve relative à la consommation est admissible, pourvu qu'elle soit compatible à la fois avec les résultats des analyses et avec l'innocence.

### B. *Aperçu des conclusions*

[122] Voici un aperçu de ma position concernant la constitutionnalité du régime. *Premièrement*, en formulant les dispositions en litige le législateur avait le droit de se fonder sur les données scientifiques généralement reconnues et la Cour devrait tenir compte des éléments de preuve de cette nature



in assessing the constitutionality of the provisions. *Second*, the evidence about the reliability of the breathalyzer analysis conducted under the statutory conditions is such that it would be speculative to have a reasonable doubt about its accuracy in the absence of any evidence supporting the contention that an over .08 reading should have been an under .08 reading. On this basis, my view is that the presumption of accuracy does not limit the right to be presumed innocent. *Third*, the scientific evidence supports the view that so-called *Carter* evidence is such an unreliable indicator of the accuracy of an approved device that such evidence which is advanced for that purpose may be excluded without limiting the right to make full answer and defence. *Fourth*, Parliament is entitled to legislate to give effect to these widely accepted notions rather than to require them to be proved by evidence in every “blowing over” trial. *Finally*, if there is any limitation of the right to be presumed innocent, it is reasonable and demonstrably justified.

### III. Analysis

#### A. *Introduction*

[123] I agree with my colleague that none of the challenged provisions limits the right under s. 11(c) of the *Charter* not to be compelled to testify. I also agree, although for somewhat different reasons, that none of the provisions limits the right to make full answer and defence as guaranteed under s. 7 of the *Charter*. I respectfully do not agree with my colleague’s analysis or conclusion in relation to the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d).

[124] Taking a broad view of the respondent’s position, there are two types of constitutional issues advanced. The first relates to the fact that the provisions place a burden on the accused to point to evidence giving rise to a reasonable doubt on the issues of accuracy and identity — that is, that the

qui lui ont été régulièrement soumis lorsqu’elle évalue la constitutionnalité des dispositions en question. *Deuxièmement*, la preuve relative à la fiabilité des analyses effectuées au moyen d’un alcootest conformément aux exigences prescrites par la loi est telle que tout doute raisonnable quant à l’exactitude de ces analyses relèverait de la conjecture en l’absence de preuve étayant la prétention qu’un résultat supérieur à 0,08 aurait plutôt dû être inférieur à 0,08. Pour cette raison, je suis d’avis que la présomption d’exactitude ne limite pas le droit à la présomption d’innocence. *Troisièmement*, les données scientifiques étayant l’opinion selon laquelle la preuve dite de type *Carter* est un indicateur si peu fiable de l’exactitude d’un appareil approuvé qu’une telle preuve présentée à cet égard peut être exclue sans que cela ait pour effet de limiter le droit de présenter une défense pleine et entière. *Quatrièmement*, le législateur a le droit de légiférer afin de donner effet à ces notions généralement reconnues plutôt que d’en exiger la preuve dans chaque procès fondé sur un TA supérieur à la limite. *Enfin*, si le droit à la présomption d’innocence est limité de quelque façon que ce soit, il s’agit d’une limite raisonnable et justifiée.

### III. L’analyse

#### A. *Introduction*

[123] À l’instar de ma collègue, je suis d’avis qu’aucune des dispositions contestées ne limite le droit de ne pas être contraint de témoigner garanti par l’al. 11c) de la *Charte*. Je suis également d’accord avec elle pour affirmer, bien que pour des motifs quelque peu différents, qu’aucune de ces dispositions ne limite le droit de présenter une défense pleine et entière que garantit l’art. 7 de la *Charte*. Toutefois, je ne peux souscrire à l’analyse ou à la conclusion de ma collègue relativement à la présomption d’innocence garantie par l’al. 11d).

[124] D’un point de vue général, la thèse de l’intimée repose sur deux types d’arguments d’ordre constitutionnel. Le premier type a trait au fait que les dispositions imposent à l’accusé le fardeau d’indiquer dans la preuve des éléments faisant naître un doute raisonnable quant à l’exactitude et à

test results are accurate at the time of testing and represent the BAC at the time of driving. The second relates to the fact that the provisions impose restrictions on the types of evidence that are admissible to raise a reasonable doubt. As outlined earlier, *Carter* evidence is not admissible to challenge the proper functioning or operation of the device and, in order to raise a doubt about accuracy, the accused must point to evidence that not only the device malfunctioned or operated improperly, but as well that this resulted in the over .08 reading *and* that his or her BAC in fact did not exceed .08 at the time of driving.

[125] Although all of the provisions are challenged under ss. 11(*d*) and 7, my view is that the constitutionality of the provisions which address the burden of proof are best analyzed under s. 11(*d*), while those which limit the relevance of, or exclude evidence in relation to, particular issues are best analyzed under s. 7. Simply put, the provisions which deal with the burden of proof most directly engage the presumption of innocence whereas the provisions which deal with limitations on defence evidence most directly engage the right to make full answer and defence as guaranteed through s. 7. I will first address s. 7 and then turn to s. 11(*d*).

## B. *Section 7 of the Charter*

### 1. Section 258(1)(*d.01*)

[126] Section 258(1)(*d.01*), it will be remembered, is the provision which excludes *Carter* evidence to challenge the accuracy of the test results. It was argued that s. 258(1)(*d.01*) violates s. 7 of the *Charter* in two respects: first, because it excludes logically probative defence evidence and second because it creates hurdles which make the prospect of successfully rebutting the presumptions of accuracy

l'identité des résultats — c'est-à-dire que les résultats obtenus au moment des analyses sont exacts et qu'ils correspondent au TA de l'accusé au moment où il conduisait. Le deuxième type se rapporte au fait que les dispositions imposent des restrictions quant aux genres de preuve admissibles pour faire naître un doute raisonnable. Comme je l'ai indiqué plus tôt, aucune preuve de type *Carter* n'est admissible pour contester le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil et, pour soulever un doute au sujet de l'exactitude des résultats, l'accusé doit indiquer dans la preuve des éléments tendant à démontrer non seulement que l'appareil fonctionnait mal ou qu'il a été utilisé incorrectement, mais également que ce mauvais fonctionnement ou cette utilisation incorrecte a occasionné le résultat supérieur à 0,08 *et* que, dans les faits, son TA ne dépassait pas 0,08 au moment où il conduisait.

[125] Bien que toutes les dispositions soient contestées sur le fondement de l'al. 11(*d*) et de l'art. 7, j'estime que c'est en vertu de l'al. 11(*d*) qu'il convient d'analyser la constitutionnalité des dispositions touchant au fardeau de la preuve, et en vertu de l'art. 7 qu'il convient d'analyser la constitutionnalité de celles qui limitent la pertinence de certaines questions ou excluent la preuve s'y rapportant. Bref, les dispositions relatives au fardeau de preuve visent plus directement la présomption d'innocence, alors que les dispositions limitant les moyens de preuve ouverts à la défense visent plus directement le droit de présenter une défense pleine et entière garanti par l'art. 7. Je traiterai d'abord de l'art. 7, puis de l'al. 11(*d*).

## B. *L'article 7 de la Charte*

### 1. L'alinéa 258(1)(*d.01*)

[126] L'alinéa 258(1)(*d.01*) est, il convient de le rappeler, la disposition qui exclut la possibilité de présenter une preuve de type *Carter* pour contester l'exactitude des résultats de l'alcootest. On a prétendu que cet alinéa viole l'art. 7 de la *Charte* de deux façons : premièrement, parce qu'il prive la défense de moyens de preuve logiquement probants et, deuxièmement, parce qu'il crée des obstacles

and identity contained at s. 258(1)(c) all but illusory.

[127] Turning to the first ground of challenge, I agree with Deschamps J.'s rejection of it. In my view, the exclusion of *Carter* evidence to challenge the proper functioning or operation of the approved instrument does not violate s. 7 of the *Charter*.

[128] There is no doubt that s. 258(1)(d.01) has the effect of restricting the use of evidence which has already been recognized by this Court as being logically probative of the accuracy of the test results: see, e.g., *R. v. Gibson*, 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397, at paras. 64 and 78. The exclusion of this evidence for the purpose of raising a reasonable doubt about the accuracy of the results therefore engages the right to make full answer and defence as guaranteed under s. 7. The Court has held that it is a principle of fundamental justice that defence evidence may only be excluded if its probative value is substantially outweighed by its prejudicial effect on the trial process: see *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 609-12; *Gibson*, at para. 64.

[129] In holding that s. 258(1)(d.01) does not violate this principle, Deschamps J. points out that, while consumption evidence could logically tend to discredit the validity of breathalyzer test results, expert testimony and reports show that its reliability for this purpose is low as compared to the reliability of the breathalyzers themselves. Furthermore, testimony before a Senate Committee and a study completed on behalf of Transport Canada are to the effect that the unrestricted use of consumption evidence leads to a number of acquittals that is disproportionate in relation to the actual likelihood of breathalyzer inaccuracies. From this, my colleague concludes, and I agree, that the evidence submitted before the Court supports the conclusion that, in the absence of evidence directly putting in doubt the proper functioning or operation of a breathalyzer, the results obtained are reliable and consumption evidence challenging this reliability is misleading and likely to lead to incorrect decisions. There are

rendant pratiquement illusoire la possibilité de réfuter avec succès les présomptions d'exactitude et d'identité figurant à l'al. 258(1)c).

[127] En ce qui a trait au premier motif de contestation, je suis d'accord avec la juge Deschamps pour le rejeter. Selon moi, l'exclusion de l'utilisation de la preuve de type *Carter* pour contester le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte de l'appareil approuvé ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*.

[128] Il ne fait aucun doute que l'al. 258(1)d.01) a pour effet de limiter l'utilisation d'une preuve que notre Cour a déjà reconnue logiquement probante à l'égard de l'exactitude des résultats des analyses : voir, p. ex., *R. c. Gibson*, 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397, par. 64 et 78. L'exclusion de la possibilité de recourir à cette preuve pour soulever un doute raisonnable quant à l'exactitude des résultats met donc en jeu le droit de présenter une défense pleine et entière garanti par l'art. 7. La Cour a conclu que, suivant un principe de justice fondamentale, une preuve soumise par la défense ne peut être écartée que si ses effets préjudiciables sur le déroulement du procès l'emportent sensiblement sur sa valeur probante : voir *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 609-12; *Gibson*, par. 64.

[129] En concluant que l'al. 258(1)d.01) ne viole pas ce principe, la juge Deschamps souligne que, bien que la preuve relative à la consommation puisse logiquement tendre à discréditer la validité des résultats des analyses, des témoignages d'experts et des rapports démontrent que sa fiabilité à cette fin est faible en comparaison de la fiabilité des alcootests. De plus, il ressort de témoignages présentés devant un comité sénatorial et d'une étude réalisée pour le compte de Transport Canada que l'utilisation sans restriction de la preuve relative à la consommation entraîne un nombre disproportionné d'acquittements par rapport à la possibilité concrète que les résultats des analyses soient inexacts. Ma collègue en déduit donc, et j'abonde dans le même sens qu'elle, que la preuve soumise à la Cour étaye la conclusion selon laquelle, en l'absence d'une preuve mettant directement en doute le bon fonctionnement ou l'utilisation correcte d'un alcootest, les résultats obtenus sont fiables et la preuve relative à

also alternative and non-misleading means of challenging the accuracy of the readings. All of this being the case, the restrictions imposed by Parliament upon the use of consumption evidence do not run contrary to the *Seaboyer* principles.

[130] Underlying this reasoning is an important principle with which I agree. In formulating a statutory provision which excludes relevant evidence, Parliament is entitled to act on the basis of scientific and other evidence about the actual probative value of the evidence in question. It is not required to act simply on the basis of how a reasonable trier of fact might weigh the evidence in question, without the benefit of that scientific and other evidence. In my view, the same principle applies to the courts when they assess the constitutionality of the provision. They are entitled to take that evidence into account provided that it is properly before them and to uphold the provision if satisfied that it passes constitutional muster in light of that evidence.

[131] My colleague applies this principle in her s. 7 analysis. Although a reasonable trier of fact might not question the utility of challenging the accuracy of the device by means of *Carter* evidence, the Court is entitled to assess the constitutionality of the provision in light of the evidence about its unreliability and propensity to produce wrong results. As I will discuss shortly, my view is that the same principle ought to be applied when considering the s. 11(d) challenge.

[132] The basis of my colleague's s. 7 analysis is the determination that *Carter* evidence is not sufficiently probative and tends to mislead when adduced to challenge the accuracy of readings. I prefer to base my s. 7 determination somewhat more narrowly. In my view, it is enough to hold that the

la consommation présentée pour contester cette fiabilité est de nature à induire en erreur et susceptible de mener à de mauvaises décisions. Il existe également d'autres moyens, non susceptibles d'induire en erreur de contester l'exactitude des résultats. Pour toutes ces raisons, les limites imposées par le législateur à l'égard de l'utilisation de la preuve relative à la consommation ne vont pas à l'encontre des principes énoncés dans *Seaboyer*.

[130] Ce raisonnement repose sur un principe important auquel je souscris. Lorsqu'il formule une disposition législative excluant des éléments de preuve pertinents, le législateur a le droit de se fonder sur des données de nature scientifique et autre au sujet de la valeur probante réelle de la preuve en question. Il n'est pas tenu de s'appuyer simplement sur la façon dont un juge des faits raisonnable évaluerait la preuve en question, sans le bénéfice de ces autres données. Selon moi, le même principe s'applique aux tribunaux lorsqu'ils apprécient la constitutionnalité de la disposition en litige. Ils ont le droit de prendre ces données en compte — à condition qu'elles leur aient été régulièrement soumises — et de confirmer la validité de la disposition contestée si, à la lumière de ces données, ils sont convaincus que sa constitutionnalité résiste à l'examen.

[131] Ma collègue applique ce principe dans son analyse fondée sur l'art. 7. Bien qu'un juge des faits raisonnable puisse ne pas avoir de réserve quant à l'utilité de contester la précision de l'appareil au moyen d'une preuve de type *Carter*, la Cour a le droit d'évaluer la constitutionnalité de la disposition en tenant compte des données relatives au manque de fiabilité d'une telle preuve et de sa tendance à produire des résultats erronés. Comme je l'expliquerai plus loin, je suis d'avis que le même principe devrait être appliqué lors de l'examen de l'argument fondé sur l'al. 11d).

[132] L'analyse fondée sur l'art. 7 qu'a effectuée ma collègue repose sur la conclusion qu'une preuve de type *Carter* n'a pas un caractère suffisamment probant et tend à induire en erreur lorsqu'elle est produite pour contester l'exactitude des résultats d'analyses. Pour ma part, je préfère asseoir sur des

parties contesting the provision have not shown on the record before the Court that s. 258(1)(d.01) limits in any meaningful respect the right to make full answer and defence. In the face of the compelling evidence presented by the Crown about the generally misleading nature of *Carter* evidence in relation to the accuracy of the breathalyzer, those challenging the exclusion of this evidence had to advance some evidence suggesting that, despite its great potential to mislead, there remained some reason not to restrict the use of *Carter* type evidence. There is no such evidence in this record.

[133] A key submission was that there are undetectable errors with breathalyzer results. The argument points to hypothetical scenarios in which irrefutable consumption evidence is presented, such as a video of an accused not drinking throughout a night at a bar. Such irrefutable consumption evidence would conclusively prove that he or she could not have had a BAC over .08 at the time of taking a breathalyzer test. This, it is suggested, is an example of a situation in which, even though there was no discernible malfunction or improper operation of the device, an innocent person would be convicted by virtue of the provision barring consumption evidence to challenge the accuracy of the reading. I cannot accept this contention.

[134] Although hypotheticals can form the basis of a *Charter* challenge, they must be reasonable. In the context of the evidence presented to us regarding the general reliability of breathalyzers, I am unable to find that the hypotheticals submitted in support of the position that breathalyzers may generate undetectable errors are in any way persuasive. I do not exclude that a future challenge may be mounted with stronger evidence in this regard,

bases plus étroites ma conclusion relative à l'argument fondé sur l'art. 7. À mon avis, il suffit de conclure que les parties contestant la disposition n'ont pas démontré, à la lumière du dossier dont la Cour dispose, que l'al. 258(1)d.01) limite de quelque manière significative le droit de présenter une défense pleine et entière. Vu la preuve convaincante présentée par le ministère public à propos de la nature généralement trompeuse de la preuve de type *Carter* en ce qui a trait à l'exactitude de l'alcootest, ceux qui contestent l'exclusion de ce genre de preuve avaient l'obligation d'apporter certaines données tendant à indiquer que, malgré le risque considérable d'erreur susceptible de découler d'une preuve de type *Carter*, il existait encore des raisons de ne pas limiter l'utilisation d'une telle preuve. Le dossier ne renferme aucune donnée de ce genre en l'espèce.

[133] Suivant un des principaux arguments invoqués, l'utilisation des résultats d'analyses donnerait lieu à des erreurs non détectables. Cet argument fait état de scénarios hypothétiques dans lesquels la défense présenterait une preuve relative à la consommation irréfutable, par exemple une vidéo montrant l'accusé qui passe toute la soirée dans un bar sans consommer d'alcool. Cette preuve irréfutable de non-consommation établirait de façon concluante que le TA de l'accusé ne pouvait pas être supérieur à 0,08 au moment des analyses. Il s'agit, prétend-on, d'un exemple de situation où, malgré l'absence de mauvais fonctionnement ou d'utilisation incorrecte discernable de l'appareil, une personne innocente serait déclarée coupable en raison de la disposition interdisant l'utilisation de preuve relative à la consommation afin de contester l'exactitude des résultats. Je ne peux retenir cet argument.

[134] Bien que des situations hypothétiques puissent constituer le fondement d'une contestation fondée sur la *Charte*, de telles hypothèses doivent être raisonnables. Dans le contexte de la preuve qui nous a été présentée au sujet de la fiabilité générale des alcootests, je suis incapable de conclure que les situations hypothétiques qui ont été soumises à l'appui de la thèse selon laquelle les alcootests peuvent donner lieu à erreurs indétectables possèdent

but the evidence in this case does not reach that level.

[135] In sum, as in any constitutional challenge, an appropriate evidentiary foundation is required. I am of the view that this foundation is lacking in relation to s. 258(1)(d.01)'s alleged incompatibility with s. 7 of the *Charter*.

[136] I turn, therefore, to the other ground advanced in support of the s. 7 challenge — that the provision makes a defence “illusory”. I agree with my colleague Deschamps J.'s rejection of this submission. I would add only that I do not understand her reasons to be establishing any new principle in relation to the Crown's obligation to make disclosure to the defence.

## 2. Section 258(1)(c)

[137] As noted, s. 258(1)(c) restricts evidence in relation to the accuracy of the device to evidence that tends to show three things: (1) that the device malfunctioned or the analysis was performed improperly, (2) that the improper performance resulted in the determination that the accused's BAC exceeded .08, and (3) that the accused's BAC was in fact lower than .08 at the time of the offence.

[138] In my view, the first two of these elements do nothing more than to recognize the reality that breathalyzer readings, when obtained under the statutory requirements, should be taken as accurate absent some reason to think otherwise. In other words, absent some evidence to suggest that the analysis is not accurate, a reasonable doubt based simply on the general notion that technology may be fallible or that there is a hypothetical possibility not founded on the evidence that the device malfunctioned or was not operated properly would not be a rational conclusion. Thus, requiring the inference of accuracy to be drawn absent evidence to

quelque caractère convaincant que ce soit. Je n'écarte pas la possibilité qu'une future contestation puisse être basée sur des éléments de preuve plus convaincants à cet égard, mais la preuve présentée en l'espèce n'atteint pas ce seuil.

[135] Bref, tout argument d'inconstitutionnalité doit être étayé par une preuve suffisante. À mon avis, une telle preuve n'existe pas en l'espèce en ce qui concerne la prétendue incompatibilité de l'al. 258(1)d.01) avec l'art. 7 de la *Charte*.

[136] Par conséquent, je vais examiner l'autre motif invoqué à l'appui de la contestation fondée sur l'art. 7, à savoir que la disposition rend « illusoire » la présentation d'une défense. À l'instar de la juge Deschamps, je rejette cette prétention. J'ajouterais seulement que, selon moi, les motifs exposés par ma collègue n'ont pas pour effet d'établir quelque nouveau principe que ce soit relativement à l'obligation du ministère public de communiquer la preuve à la défense.

## 2. L'alinéa 258(1)c

[137] Comme je l'ai indiqué précédemment, l'al. 258(1)c) limite la preuve qui peut être présentée relativement à la précision de l'appareil à une preuve tendant à démontrer trois choses : (1) que l'appareil fonctionnait mal ou que l'analyse a été effectuée incorrectement, (2) que le TA supérieur à 0,08 de l'accusé découle de ce mauvais fonctionnement ou de cette utilisation incorrecte et (3) que le TA de l'accusé était dans les faits inférieur à 0,08 au moment de l'infraction reprochée.

[138] Selon moi, les deux premiers éléments ne font rien de plus que reconnaître la réalité que, lorsqu'ils ont été obtenus conformément aux exigences prescrites par la loi, les résultats des analyses doivent être considérés comme étant exacts en l'absence de quelque raison de croire le contraire. En d'autres mots, en l'absence de preuve tendant à montrer que l'analyse n'est pas exacte, un doute raisonnable qui reposerait simplement sur l'idée générale que la technologie n'est pas infaillible ou qu'il existe une possibilité théorique — mais non étayée par la preuve — que l'appareil ait mal fonctionné ou ait été utilisé incorrectement ne serait

the contrary does not limit the right to make full answer and defence. As for the third component, which requires some evidence that the accused's BAC was in fact lower than .08 at the time of the offence, it does no more than set out in statutory form what this Court has consistently held is required *as a matter of logic and relevance* to rebut the presumption of accuracy.

[139] Since at least the time of this Court's decision in *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089, it has been clear that an accused wishing to rebut a presumption that the analysis was accurate when taken had to be able to point to evidence capable of raising a doubt that his or her blood alcohol content was below the legal limit at the time of testing. Pigeon J. for the Court noted that "[w]hat is necessary to furnish evidence to the contrary is some evidence which would tend to show an inaccuracy in the breathalyzer or in the manner of its operation . . . of such a degree and nature that it could affect the result of the analysis to the extent that it would leave a doubt as to the blood alcohol content of the accused person being over the allowable maximum": p. 1101 (emphasis added). This interpretation of what is required to rebut a presumption that the readings were accurate has never been questioned by this Court: see, e.g., *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791, at paras. 34-42; *R. v. Boucher*, 2005 SCC 72, [2005] 3 S.C.R. 499, at para. 16. This principle applies in my view to the presumption of accuracy now found in s. 258(1)(c). To the extent that the challenged provisions require some evidence that an accurate breathalyzer reading would have been below .08, the provisions simply reflect what is required to constitute logically probative "evidence to the contrary" in this setting.

### C. Section 11(d) of the Charter

[140] The presumption of innocence, guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, is fundamental to our

pas une conclusion rationnelle. Par conséquent, le fait d'exiger que, en l'absence de preuve à l'effet contraire, le tribunal tire une inférence d'exactitude ne limite pas le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Pour ce qui est du troisième élément, lequel exige que l'accusé soulevé des éléments de preuve tendant à démontrer que son TA était dans les faits inférieur à 0,08 au moment de l'infraction, il ne fait qu'énoncer, sous forme de disposition législative, ce que la Cour a toujours jugé comme étant la preuve requise *sur le plan de la logique et de la pertinence* pour réfuter la présomption d'exactitude.

[139] Au moins depuis la décision de notre Cour dans *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089, il est clair que l'accusé qui souhaite réfuter une présomption d'exactitude des résultats au moment des analyses doit être en mesure d'indiquer dans la preuve des éléments tendant à démontrer que son TA était inférieur à la limite légale au moment des analyses. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Pigeon a souligné que « [c]e qui est nécessaire pour constituer une preuve contraire est une preuve qui tend à démontrer une inexactitude de l'éthylomètre, ou de son fonctionnement [. . .] d'un degré et d'une nature tels qu'elle pourrait modifier le résultat des analyses au point de rendre douteux que la concentration d'alcool dans le sang du prévenu ait été supérieure au maximum permis » : p. 1101 (je souligne). Cette interprétation de la preuve requise pour réfuter la présomption d'exactitude des analyses n'a jamais été mise en doute par la Cour : voir, p. ex., *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791, par. 34-42; *R. c. Boucher*, 2005 CSC 72, [2005] 3 R.C.S. 499, par. 16. À mon avis, ce principe s'applique à la présomption d'exactitude que prévoit maintenant l'al. 258(1)(c). Dans la mesure où les dispositions contestées exigent une preuve tendant à démontrer qu'un résultat d'analyse exact aurait été inférieur à 0,08, ces dispositions reflètent simplement ce qui est nécessaire pour constituer une « preuve contraire » logiquement probante dans ce contexte.

### C. L'alinéa 11d) de la Charte

[140] La présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte* est un aspect fondamental de

understanding of the criminal process. As Cory J. put it in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para. 27: “If the presumption of innocence is the golden thread of criminal justice then proof beyond a reasonable doubt is the silver and these two threads are forever intertwined in the fabric of criminal law.”

[141] From the time of this Court’s first pronouncements, the presumption of innocence has been understood as having three elements. First, the Crown bears the burden of proving the accused’s guilt; second, the standard of proof required is proof beyond a reasonable doubt; and third, the Crown has the obligation of making out a case to answer against the accused before he or she need respond, either by testifying or by calling evidence: see *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 357. Laskin J. concisely summed up these requirements in *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, at p. 317: “[T]he presumption of innocence gives an accused the initial benefit of a right of silence and the ultimate benefit . . . of any reasonable doubt.”

[142] I will set out my analysis of the s. 11(d) issue under four headings: (1) an evidence-based approach to the provisions; (2) what s. 11(d) requires; (3) the nature and effect of the provisions; and (4) do these provisions limit the right to be presumed innocent?

1. An Evidence-Based Approach to the Provisions

[143] Parliament, in formulating provisions about the burden of proof, is entitled to take into account scientific and other material about the true probative value of certain categories of evidence. The courts, in assessing the constitutionality of these provisions, are entitled to consider the same sort of material, provided of course that it is properly before the court. Thus, in considering the accuracy of breathalyzer tests administered in accordance with the statutory requirements, the courts are entitled to consider scientific and other material properly admitted in relation to that issue. This material may be taken into account in deciding whether a

notre conception du processus pénal. Comme a dit le juge Cory dans *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 27 : « Si la présomption d’innocence est le fil d’or de la justice pénale, alors la preuve hors de tout doute raisonnable en est le fil d’argent, et ces deux fils sont pour toujours entrelacés pour former la trame du droit pénal. »

[141] Depuis les premiers énoncés de la Cour à cet égard, la présomption d’innocence est considérée comme comportant trois éléments. Premièrement, il incombe au ministère public de prouver la culpabilité de l’accusé; deuxièmement, la norme de preuve applicable est la preuve hors de tout doute raisonnable; troisièmement, le ministère public doit présenter sa preuve contre l’accusé avant que celui-ci n’ait besoin de répondre, soit en témoignant soit en présentant d’autres éléments de preuve : voir *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, p. 357. Le juge Laskin a résumé succinctement ces exigences dans *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, p. 317 : « [L]a présomption d’innocence donne au prévenu l’avantage initial du droit au silence et l’avantage ultime [. . .] de tout doute raisonnable. »

[142] Mon analyse fondée sur l’al. 11d) sera divisée en quatre parties : (1) l’examen des dispositions à la lumière de la preuve; (2) les exigences prescrites par l’al. 11d); (3) la nature et l’effet des dispositions; (4) est-ce que ces dispositions limitent le droit à la présomption d’innocence?

1. L’examen des dispositions à la lumière de la preuve

[143] Lorsqu’il formule des dispositions sur le fardeau de la preuve, le législateur a le droit de prendre en compte des données de nature scientifique et autre au sujet de la valeur probante réelle de certaines catégories de preuve. À leur tour, les tribunaux appelés à évaluer la constitutionnalité de ces dispositions ont le droit de prendre en compte le même genre de données, à la condition, bien sûr, qu’elles leur aient été régulièrement soumises. Par conséquent, le tribunal qui s’interroge sur l’exactitude des analyses d’alcoolémie effectuées conformément aux exigences prescrites par la loi a le droit de considérer les données de nature scientifique et



provision violates the presumption of innocence. So, for example, in considering a challenge under s. 11(d) to s. 51 of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, which makes an analyst's certificate setting out the results of an analysis proof of that fact absent evidence to the contrary, the courts would be entitled to consider the reliability and validity of analyses carried out under the statutory requirements.

[144] If the courts do not apply this approach, Parliament would be prevented from legislating that these sorts of sound factual inferences should be drawn in the absence of some reason not to do so. The result would be that the scientific basis for drawing these inferences would have to be adduced in evidence in every case.

## 2. What Section 11(d) Requires

[145] My colleague and I are in essential agreement about what s. 11(d) requires. A provision limits the right to be presumed innocent guaranteed by s. 11(d) if it either (a) relieves the Crown of having to present a case to meet before the accused is called on to answer or (b) creates the risk of conviction even if, without the provision, the trier of fact could have a reasonable doubt about the accused's guilt.

[146] As noted earlier, the requirements of s. 11(d) were set out in *Dubois*, at p. 357: "Section 11(d) imposes upon the Crown the burden of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt as well as that of making out the case against the accused before he or she need respond, either by testifying or by calling other evidence."

[147] *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, is another seminal case on s. 11(d). Mr. Oakes challenged the constitutionality of then s. 8 of the *Narcotic*

autre qui ont été régulièrement admises relativement à cette question. Ces données peuvent être prises en compte pour décider si une disposition viole la présomption d'innocence. Par exemple si un accusé contestait, en vertu de l'al. 11d), l'art. 51 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, lequel précise que le certificat établi par l'analyste et faisant état des résultats d'une analyse fait foi de son contenu, sauf preuve du contraire, le tribunal aurait le droit de tenir compte de la fiabilité et de la validité des analyses effectuées suivant les exigences prescrites par la loi.

[144] Si les tribunaux n'appliquaient pas cette approche, il ne serait pas possible au Parlement d'édicter l'obligation pour les tribunaux de tirer de telles inférences factuelles rationnelles en l'absence de raisons de ne pas le faire. Il s'ensuivrait que la preuve des fondements scientifiques de ces inférences devrait être produite dans chaque instance.

## 2. Les exigences prescrites par l'al. 11d)

[145] Ma collègue et moi sommes essentiellement du même avis au sujet des exigences prescrites par l'al. 11d). Une disposition a pour effet de limiter le droit à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) dans les cas suivants : a) elle décharge le ministère public de son obligation de présenter une preuve complète contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre; b) elle crée un risque de déclaration de culpabilité même si, sans elle, le juge des faits pourrait avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé.

[146] Comme je l'ai souligné précédemment, les exigences prescrites par l'al. 11d) ont été énoncées dans *Dubois*, à la p. 357 : « L'alinéa 11d) impose à la poursuite le fardeau de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable ainsi que de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre, soit en témoignant soit en citant d'autres témoins. »

[147] L'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, est un autre arrêt de principe au sujet de l'al. 11d). Monsieur Oakes contestait la constitutionnalité de

*Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1 (repealed), which commanded that a trier of fact infer from an accused's guilt for possession of narcotics that such possession was for the purposes of trafficking in them, unless the accused established that it was not so. The Court held that s. 8 violated s. 11(d) of the *Charter* because it required that an accused disprove, on a balance of probabilities, the existence of a presumed fact which was an important element of the offence charged, making it possible for an accused to be convicted despite the existence of a reasonable doubt: at pp. 132 and 134.

[148] The intervenor Association québécoise des avocats et avocates de la défense (AQAAD) submits that the provisions limit the right to be presumed innocent in part because the proof of the readings generated by the device does not “lead inexorably” to their accuracy or their identity with the accused's BAC at the time of driving. In my view, the “leads inexorably” analysis is not useful in this case for reasons which I will explain.

[149] *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, is the origin of the “inexorably leads” test. The case concerned the constitutionality of then s. 213(d) *Cr. C.*, which provided that culpable homicide was murder whenever a person caused the death of another while committing certain crimes and using or bearing a weapon in so doing. Lamer J. began with a careful analysis of the challenged provision in the context of the other murder provisions of the *Code* in order to determine its “true nature and scope”: p. 644. He concluded that proof that the accused did one of the acts listed in s. 213(a) through (d) (i.e., facilitating the commission of an offence or flight, administering a stupefying or overpowering thing for that purpose, stopping the breath of a human being for that purpose, or using or having a weapon during the commission of, or flight from, an offence) “is substituted for proof of any subjective foresight or even objective foreseeability of the likelihood of death”: p. 646. He then held that for the purposes of the challenge to

l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1 (abrogée), qui obligeait le juge des faits à inférer de la culpabilité de l'accusé à l'égard de l'infraction de possession de stupéfiants qu'il s'agissait de possession aux fins de trafic, sauf si l'accusé démontrait que ce n'était pas le cas. La Cour a jugé que l'art. 8 violait l'al. 11d) de la *Charte*, parce qu'il obligeait l'accusé à réfuter, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un fait présumé qui constituait un élément important de l'infraction en question, de sorte qu'un accusé pouvait être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable : p. 132 et 134.

[148] Une des intervenantes, l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense (AQAAD), prétend que les dispositions en litige limitent le droit à la présomption d'innocence, en partie parce que la preuve des résultats générés par l'appareil n'entraîne pas la « conclusion inéluctable » que ces résultats sont exacts et identiques au TA de l'accusé au moment où il conduisait. Selon moi, l'analyse fondée sur la notion de « conclusion inéluctable » n'est pas utile en l'espèce, et ce, pour des raisons que j'expliquerai plus loin.

[149] L'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, constitue la source de l'analyse fondée sur la notion de la « conclusion inéluctable ». Cet arrêt portait sur la constitutionnalité de l'al. 213d) *C. cr.* alors en vigueur, lequel précisait que l'homicide coupable était un meurtre lorsqu'une personne causait la mort d'une autre personne pendant qu'elle commettait certains crimes et qu'elle employait ou avait sur elle une arme lors de la perpétration de ces crimes. Le juge Lamer a d'abord analysé soigneusement la disposition contestée dans le contexte des autres dispositions du *Code* relatives au meurtre afin d'en déterminer la « nature et la portée véritables » : p. 644. Il a conclu que la preuve que l'accusé a commis l'un des actes énumérés aux al. 213a) à d) (c.-à-d., faciliter la perpétration d'une infraction, faciliter la fuite, administrer un stupéfiant ou un soporifique à cette fin, arrêter la respiration d'un être humain à cette fin ou employer une arme ou l'avoir sur sa personne pendant la perpétration de l'infraction ou au moment de sa fuite

s. 213(d), s. 7 of the *Charter* requires that in order to be convicted of murder, the accused be proved to have at least objective foresight of death. In other words, for the purposes of the analysis of that provision, the *Charter* was taken to require as an essential element of the offence of murder at least objective foresight of death: p. 654.

[150] Having established that this was an essential element of the offence, Lamer J. moved on to consider s. 11(d), noting that it requires that the Crown establish all of the essential elements of the offence beyond a reasonable doubt including those required by s. 7 of the *Charter*. He concluded, at p. 655, that “[a]ny provision creating an offence which allows for the conviction of an accused notwithstanding the existence of a reasonable doubt on any essential element infringes ss. 7 and 11(d)”. As he put it, at p. 655, “[i]t is clear . . . that what offends the presumption of innocence is the fact that an accused may be convicted despite the existence of a reasonable doubt on an essential element of the offence, and I do not think that it matters whether this results from the existence of a reverse onus provision or from the elimination of the need to prove an essential element.” *Vaillancourt* did not change in any way the ultimate test for compliance with s. 11(d) of the *Charter*. In assessing s. 213(d)’s compliance with the presumption of innocence, the Court remained of the view that

the acid test of the constitutionality of s. 213 is this ultimate question: Would it be possible for a conviction for murder to occur under s. 213 despite the jury having a reasonable doubt as to whether the accused ought to have known that death was likely to ensue? [Emphasis in original; at p. 657.]

après la perpétration de l’infraction) « [était] substituée à la preuve de la prévision subjective ou même de la prévisibilité objective que la mort pourrait être causée » : p. 646. Il a ensuite jugé que, pour les besoins de la contestation de l’al. 213d), l’art. 7 de la *Charte* exigeait que, pour que l’accusé puisse être déclaré coupable de meurtre, la poursuite prouve au moins une prévisibilité objective que la mort pourrait être causée. En d’autres mots, dans le cadre de l’analyse de cette disposition, il a été considéré que la *Charte* exigeait la preuve, comme élément essentiel de l’infraction de meurtre, d’au moins une prévisibilité objective que la mort pourrait s’ensuivre : p. 654.

[150] Après avoir établi qu’il s’agissait d’un élément essentiel de l’infraction, le juge Lamer a ensuite examiné l’al. 11d) et souligné que celui-ci obligeait le ministère public à prouver, hors de tout doute raisonnable, tous les éléments essentiels de l’infraction, y compris ceux requis par l’art. 7 de la *Charte*. Il a conclu, à la p. 655, que « [t]oute disposition créant une infraction qui permet de déclarer un accusé coupable malgré l’existence d’un doute raisonnable quant à un élément essentiel porte atteinte à l’art. 7 et à l’al. 11d) ». Comme il l’a expliqué, à la même page : « [i]l ressort clairement [. . .] que ce qui contrevient à la présomption d’innocence, c’est le fait qu’un accusé peut être déclaré coupable malgré l’existence d’un doute raisonnable quant à un élément essentiel de l’infraction, et je ne crois pas qu’il importe que cela résulte de l’existence d’une disposition portant inversion de la charge de la preuve ou de l’élimination de la nécessité de faire la preuve d’un élément essentiel ». L’arrêt *Vaillancourt* n’a d’aucune façon modifié la question ultime qui doit être tranchée pour vérifier le respect de l’al. 11d) de la *Charte*. Lorsqu’elle s’est demandé si l’al. 213d) était conforme à la présomption d’innocence, la Cour a réitéré l’opinion suivante :

L’épreuve décisive de la constitutionnalité de l’art. 213 réside dans cette question ultime : Une déclaration de culpabilité de meurtre aux termes de l’art. 213 pourrait-elle être prononcée même si le jury avait un doute raisonnable pour ce qui est de déterminer si l’accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s’ensuivre? [Souligné dans l’original; p. 657.]

[151] From this, I conclude the following. First, before moving to the s. 11(d) analysis, it is important to fully understand the provision's "true nature and scope", assessed in its statutory context. Second, the risk of conviction in the presence of a reasonable doubt remains the "acid test" of s. 11(d). This point is reinforced by the Court's decision in *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, where the Court stated that the distinction between elements of the offence and other aspects of the charge is irrelevant and that the "real concern is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence": p. 18. It is also the basis upon which the Court held, in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, that placing an evidentiary burden on an accused to point to evidence raising a reasonable doubt about guilt did not, in itself, limit the right to be presumed innocent. In order to have that effect, the evidentiary burden had to require conviction even in the presence of a reasonable doubt: pp. 485-86. Third, the "inexorably leads" test was used in *Vaillancourt* to assess whether legislative substitution of an element for a *constitutionally required element* of the offence ran afoul of s. 11(d). It was used as a way of testing, in those circumstances, whether there was any risk of the accused being convicted of the offence in the presence of a reasonable doubt about the essential element. It is in these sorts of cases that the "inexorably leads" analysis is most useful.

[152] Only if there is a rational basis to have a doubt about the accused's guilt once the elements of a presumption are established is the presumption of innocence implicated. As stated in *Lifchus*, "a reasonable doubt is a doubt based on reason and common sense which must be logically based upon the evidence or lack of evidence" (para. 30); it does

[151] Je tire les conclusions suivantes de ce qui précède. Premièrement, avant de procéder à l'analyse fondée sur l'al. 11d), il est important de bien dégager « la nature et la portée véritables » de la disposition contestée, au regard du contexte législatif de celle-ci. Deuxièmement, le risque de déclaration de culpabilité malgré la présence d'un doute raisonnable demeure l'« épreuve décisive » pour juger du respect de l'al. 11d). Ce point de vue est renforcé par l'arrêt *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, de notre Cour, où celle-ci a déclaré que la distinction entre les éléments de l'infraction et d'autres aspects de l'accusation n'est pas pertinente et que la « préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence » : p. 18. Il s'agit également du fondement sur lequel la Cour s'est appuyée pour conclure, dans *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, que le fait d'imposer à l'accusé le fardeau d'indiquer dans la preuve des éléments faisant naître un doute raisonnable à l'égard de sa culpabilité ne limitait pas, en soi, le droit à la présomption d'innocence. Pour produire un tel effet, il aurait fallu que le fardeau de preuve exige une déclaration de culpabilité même en présence d'un doute raisonnable : p. 485-86. Troisièmement, l'analyse fondée sur la notion de « conclusion inéluctable » a été utilisée dans *Vaillancourt* pour vérifier si le fait d'avoir substitué dans la loi un élément de l'infraction à un *élément requis par la Constitution* contrevenait à l'al. 11d). Cette analyse a été utilisée afin de vérifier si, dans ces circonstances, l'accusé risquait d'être déclaré coupable de l'infraction en présence d'un doute raisonnable quant à l'élément essentiel. C'est dans ce genre de cas que le recours à l'analyse fondée sur la notion de « conclusion inéluctable » est le plus utile.

[152] Ce n'est que s'il existe un fondement rationnel permettant de douter de la culpabilité de l'accusé après que les éléments de la présomption ont été établis que la présomption d'innocence entre en jeu. Comme il a été dit dans *Lifchus*, « un doute raisonnable est un doute fondé sur la raison et le bon sens, et qui doit reposer logiquement sur la preuve

not involve proof to an absolute certainty or proof beyond any doubt; a reasonable doubt is not an imaginary or frivolous doubt: paras. 31 and 36. This is the standard that must be applied when considering whether a presumption risks requiring conviction in the presence of a reasonable doubt about guilt. What is required is not proof to a certainty, but proof beyond any reasonable doubt that could according to logic and common sense arise from the evidence or an absence of evidence.

[153] I turn then to explain what in my view is the nature and effect of the provisions in this case and why they do not limit the right to be presumed innocent and therefore do not require justification under s. 1 of the *Charter*.

### 3. The Nature and Effect of the Provisions

[154] I take a different view of s. 258(1)(c) than does my colleague Deschamps J. This difference arises from my interpretation of the three matters under s. 258(1)(c) in respect of which the accused must point to some evidence raising a reasonable doubt; that is, first, that the device malfunctioned or was operated improperly; second, that the improper performance resulted in an over .08 reading; and third, that the accused's BAC at the time of driving was under .08.

[155] The first condition requires that an accused raise a doubt as to whether "the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly". This, to me, does not require that an accused limit his or her evidence to the precise accuracy of the results. It requires him or her to address the breathalyzer's functioning or the way it was operated. This means that the first condition could be met even if a breathalyzer had a malfunction which caused it to *underestimate* an individual's BAC, or if a qualified technician failed to follow standard

ou l'absence de preuve » (par. 30); il n'exige pas une preuve correspondant à la certitude absolue ou une preuve au-delà de n'importe quel doute; un doute raisonnable n'est pas un doute imaginaire ou frivole : par. 31 et 36. Voilà la norme qui doit être appliquée pour décider si une présomption risque d'exiger le prononcé d'une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable à l'égard de la culpabilité. Ce qui est requis, ce n'est pas une preuve correspondant à la certitude, mais une preuve hors de tout doute raisonnable qui pourrait, selon la logique et le bon sens, découler de la preuve ou de l'absence de preuve.

[153] Je vais maintenant expliquer quels sont, à mon avis, la nature et l'effet des dispositions litigieuses et pourquoi celles-ci ne limitent pas le droit à la présomption d'innocence et n'ont donc pas à être justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*.

### 3. La nature et l'effet des dispositions

[154] Je ne partage pas l'opinion de ma collègue la juge Deschamps au sujet de l'al. 258(1)c). Cette divergence d'opinions découle de mon interprétation des trois éléments qui sont énoncés à l'al. 258(1)c) et à l'égard desquels l'accusé doit soulever un doute raisonnable en indiquant dans la preuve certains éléments tendant à démontrer, premièrement, que l'appareil fonctionnait mal ou a été utilisé incorrectement, deuxièmement, que le TA supérieur à 0,08 découle de ce mauvais fonctionnement ou de cette utilisation incorrecte et, troisièmement, que le TA de l'accusé au moment où il conduisait était inférieur à 0,08.

[155] La première condition exige qu'un accusé soulève un doute quant à la question de savoir si « l'alcootest approuvé fonctionnait mal ou a été utilisé incorrectement ». Pour ce faire, il n'est pas selon moi nécessaire que l'accusé limite sa preuve à la question précise de l'exactitude des résultats. Il lui faut se pencher sur le fonctionnement de l'alcootest ou sur la façon dont il a été utilisé. Cela signifie que cette première condition pourrait être respectée même si le mauvais fonctionnement d'un alcootest l'a amené à *sous-estimer* le TA d'une

procedure in operating a breathalyzer, but that his shortcomings nonetheless had no effect on the integrity of the results. Indeed, on plain reading, the first condition is not concerned with the consequences of a breathalyzer malfunction or improper operation; it is only concerned with the fact that it happened.

[156] The consequences on the other hand are scrutinized when examining whether the second condition to rebutting the presumptions is met (raising a doubt that the malfunction or improper operation resulted in the determination that the accused's BAC was over .08). It requires that an accused raise a doubt that there is a link between the malfunction or improper operation, whatever it is, and the over .08 result. What this requires, in my view, is evidence that, but for the malfunction or improper operation, it is reasonably possible that the breathalyzer would not have produced an over .08 result. This *avoids* making the Crown lose the benefit of the presumptions simply because, for example, a malfunction caused a breathalyzer to *underestimate* an individual's BAC or because of an immaterial operation error. It also *ensures* that only those results whose reliability is put in doubt *to the point of making it unsafe to rely upon them to convict an accused* will be given any credence. In short, this simply requires that the malfunction or improper operation be material to the question of whether the accused's BAC was over the legal limit.

[157] When the first and second conditions are interpreted as I suggest, the third condition (raising a doubt that the accused's BAC was not over .08 at the time of driving) loses much of its significance. Once an accused successfully raises a doubt that a breathalyzer malfunction or its improper operation

personne, ou encore si un technicien qualifié n'a pas suivi la procédure habituelle en manipulant l'alcootest mais que ces lacunes n'ont eu toutefois aucun effet sur l'intégrité des résultats. D'ailleurs, on peut constater, à la simple lecture du texte, que la première condition ne s'attache pas aux conséquences du mauvais fonctionnement d'un alcootest ou de son utilisation incorrecte, mais uniquement au fait qu'une telle situation se soit produite.

[156] Par contre, les conséquences sont soigneusement examinées par le tribunal lorsqu'il se demande si l'accusé a satisfait à la deuxième exigence requise pour réfuter les présomptions (soulever un doute en indiquant dans la preuve des éléments tendant à démontrer que l'indication d'un TA supérieur à 0,08 découle du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'appareil). À cette fin, l'accusé doit faire naître un doute suggérant l'existence d'un lien entre le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'appareil — quoi que cela puisse être — et le résultat supérieur à 0,08. Cela requiert, à mon avis, une preuve tendant à démontrer que, n'eût été le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest, il est raisonnablement possible que l'appareil n'aurait pas indiqué un résultat supérieur à 0,08. Une telle interprétation permet d'*éviter* que le ministère public ne perde l'avantage des présomptions du seul fait, par exemple, que le mauvais fonctionnement d'un alcootest aurait amené l'appareil à *sous-estimer* le TA d'une personne ou qu'une erreur sans importance a été commise lors de la manipulation de l'alcootest. Elle *garantit* également que seuls seront considérés les résultats dont la fiabilité aura été mise en doute à un point tel qu'*il serait imprudent de s'appuyer sur ceux-ci pour conclure à la culpabilité de l'accusé*. Bref, cela signifie simplement que le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte invoqué doit être significatif relativement à la question de savoir si le TA de l'accusé dépassait la limite légale.

[157] Lorsque la première et la deuxième condition sont interprétées comme je le propose, la troisième exigence (soulever un doute en indiquant dans la preuve des éléments tendant à démontrer que le TA de l'accusé n'était pas supérieur à 0,08 au moment où il conduisait) perd une grande partie

caused it to generate an over .08 result, a trier of fact has logically no choice but to have a doubt that the accused's BAC at the time of testing was below .08 as well. And if that is the case, then a trier of fact equally has, in my view, no other choice but to conclude that there is a doubt that the accused's BAC was over .08 at the time of driving, as he would have no reliable evidence upon which one could extrapolate the accused's BAC at the time of driving. In that sense, it may be said that the second and third conditions are intimately tied to one another, such that the satisfaction of the latter will almost inevitably flow naturally from the satisfaction of the former.

[158] I return to the nature of the presumptions in s. 258(1)(c). Taken at face value, the section deems the results of the analysis to be accurate (the presumption of accuracy) and identical to the BAC at the time of driving (the first presumption of identity). The true nature and effect of these provisions, however, are not what they appear to be at first glance.

[159] The presumption of accuracy in s. 258(1)(c), on its own, has no effect on proof of the offence. It has that effect only when coupled with the presumption of identity. This is so, of course, because the offence is having a BAC of more than .08 at the time of driving, not having a BAC at that level at the time of testing. In relation to the proof of the offence, the effect of the provision is thus twofold: a reading of over .08 is deemed to be accurate and, secondly, a person with such a BAC at the time of testing is deemed to have a BAC of over .08 at the time of driving. While the provision specifies that the reading is to be taken as exactly accurate and to correspond exactly to the BAC at time of driving, this is not its effect, having regard to the definition of the offence.

de son importance. Dès qu'un accusé réussit à faire naître un doute en indiquant dans la preuve des éléments tendant à démontrer que le mauvais fonctionnement de l'alcootest ou son utilisation incorrecte a causé un résultat supérieur à 0,08, le juge des faits ne peut logiquement qu'éprouver un doute et penser que le TA de l'accusé était également inférieur à 0,08 au moment des analyses. Et, si c'est le cas, le juge des faits n'a alors selon moi pas d'autre choix que de mettre en doute la validité du résultat indiquant que le TA de l'accusé était supérieur à 0,08 au moment où il conduisait, car il ne disposerait d'aucune preuve fiable permettant d'extrapoler le TA de l'accusé à ce moment. En ce sens, il est possible d'affirmer que les deuxième et troisième exigences sont intimement liées et que, en conséquence, la troisième sera inévitablement respectée dans pratiquement tous les cas où l'accusé aura satisfait à la deuxième.

[158] Je reviens à la question de la nature des présomptions énoncées à l'al. 258(1)c). De prime abord, aux termes de cette disposition, les résultats de l'analyse sont réputés être exacts (la présomption d'exactitude) et identiques à ceux du TA au moment où l'accusé conduisait (la première présomption d'identité). Toutefois, la nature et l'effet véritables de ces dispositions ne sont pas ce qu'ils semblent être à première vue.

[159] La présomption d'exactitude énoncée à l'al. 258(1)c) n'a à elle seule aucun effet relativement à la preuve de l'infraction. Elle ne produit des effets à cet égard que lorsqu'elle est conjuguée à la présomption d'identité. Il en est ainsi, évidemment, parce que l'élément pertinent de l'infraction consiste à présenter un TA supérieur à 0,08 au moment de la conduite, non pas au moment des analyses. En ce qui a trait à la preuve de l'infraction, l'effet de la disposition est double : premièrement, un résultat supérieur à 0,08 est réputé être exact et, deuxièmement, une personne présentant un tel TA au moment des analyses est réputée avoir eu un TA supérieur à 0,08 au moment où elle conduisait. Bien que la disposition précise que le résultat doit être considéré comme étant tout à fait exact et comme correspondant exactement au TA au moment de la conduite du véhicule, il ne s'agit pas là de son effet, eu égard à la définition de l'infraction.

[160] To rebut the accuracy of the initial result, the accused must raise a doubt about the three matters I mentioned earlier: that the device malfunctioned or the analysis was performed improperly, that this resulted in the determination that the person's BAC was over .08 and that the BAC was in fact below .08. The effect of this is that a reading of over .08 is deemed accurate unless the accused can point to evidence that raises a doubt that there was a problem with the testing or analysis resulting in the over .08 reading.

[161] (I pause here to note that we need not consider further the limitation in s. 258(1)(d.1) and 258(1)(d.01) on the use of *Carter* evidence to rebut this presumption. In my analysis of the s. 7 challenge, I have concluded that such evidence is so unreliable in comparison to the reliability of the breathalyzer that it may properly be excluded in relation to that issue. That conclusion, in my view, also resolves any challenge to the exclusion of *Carter* evidence in relation to the presumption of innocence. As I see it, one cannot conclude, on the one hand, that *Carter* evidence is so unreliable and prejudicial to accurate fact finding that the defence may be prevented from presenting it, but then conclude, on the other hand, that excluding it offends the presumption of innocence because such evidence could support a reasonable doubt about the accuracy of the results. If presenting the evidence is not a valid way of challenging the accuracy of the readings for the purposes of s. 7, excluding the evidence in an effort to raise a reasonable doubt cannot offend s. 11(d). The s. 11(d) analysis, like the s. 7 analysis, must be based on the true probative value of the excluded evidence.)

[162] The situation is more complicated in relation to the nature of the first presumption of identity — that is, that the readings at the time of testing reflect the BAC at the time of driving. Once again, while that is the form of the provision, we must bear in mind that the offence is not having a particular BAC, but having a BAC over .08. We

[160] Pour réfuter la présomption d'exactitude du résultat initial, l'accusé doit susciter un doute à l'égard des trois aspects dont j'ai fait état plus tôt : l'appareil fonctionnait mal ou l'analyse a été effectuée incorrectement, cela a entraîné une lecture du TA supérieure à 0,08 et le TA de l'accusé était dans les faits inférieur à 0,08. En conséquence, un résultat supérieur à 0,08 est réputé exact, sauf si l'accusé peut soulever un doute en indiquant dans la preuve des éléments tendant à démontrer qu'un problème de fonctionnement ou d'utilisation a causé un résultat supérieur à 0,08.

[161] (Je m'arrête ici pour souligner que nous n'avons pas besoin d'examiner davantage la limite énoncée à l'al. 258(1)d.1) et à l'al. 258(1)d.01) quant à l'utilisation d'une preuve de type *Carter* pour réfuter cette présomption. Dans mon analyse de l'argument fondé sur l'art. 7, j'ai conclu qu'une telle preuve est si peu fiable comparativement à la fiabilité de l'alcootest qu'elle peut à bon droit être exclue relativement à cette question. J'estime que cette conclusion réfute également toute contestation en vertu de la présomption d'innocence, de l'exclusion de la preuve de type *Carter*. À mon avis, on ne saurait d'une part conclure qu'une telle preuve est si peu fiable et si peu favorable à la constatation exacte des faits qu'il y a lieu pour cette raison d'empêcher la défense de la présenter, mais d'autre part conclure ensuite que l'exclusion de cette preuve porte atteinte à la présomption d'innocence parce qu'elle pourrait permettre de susciter un doute raisonnable quant à l'exactitude des résultats. Si la présentation d'une telle preuve n'est pas une bonne façon de contester l'exactitude des résultats pour les besoins de l'art. 7, l'exclusion de cette même preuve en vue de soulever un doute raisonnable ne peut pas aller à l'encontre de l'al. 11d). Tout comme l'analyse fondée sur l'art. 7, l'analyse fondée sur l'al. 11d) doit reposer sur la valeur probante réelle de la preuve exclue.)

[162] La situation est plus compliquée en ce qui concerne la nature de la première présomption d'identité — c'est-à-dire celle précisant que les résultats obtenus au moment des analyses correspondent au TA au moment de la conduite du véhicule. Je le répète, bien que la disposition soit exprimée sous cette forme, il faut garder à l'esprit que l'infraction



must also bear in mind that it is generally known that BAC constantly changes as alcohol is absorbed and eliminated. Parliament should not be taken to have legislated so as to require that the opposite of this incontestable fact be presumed. It is in my view more realistic to describe the effect of the provision as presuming that a person who has a BAC of over .08 at the time of testing *would not have a lower BAC at the time of driving*. This description of the provision's effect is reinforced by the second presumption of identity found in s. 258(1)(d.1) as I will discuss shortly.

[163] An accused can avoid the operation of the first presumption of identity in two ways. First, he or she can raise a doubt about the accuracy of the initial result, as described above. Obviously if there is a doubt about the accuracy of the initial result, neither the presumption of accuracy nor the first presumption of identity can operate. Secondly, the accused can attempt to rebut the second presumption of identity by presenting *Carter* evidence, provided that it is consistent with both the accuracy of the initial result and with a BAC at the time of driving under .08. As I explained earlier, this permits evidence of bolus or intervening drinking. If the second presumption of identity does not operate, neither does the first.

[164] To sum up, the true nature and effect of the provisions is this. If the result of the analysis shows a BAC over .08, the BAC of the accused is presumed to be over .08 in the absence of evidence raising a doubt that, but for malfunction or improper operation, the result should in fact have been under .08. If there is no doubt about the accuracy of the initial result, it is presumed that the accused's BAC at the time of driving was not lower than the BAC at the time of testing, absent evidence that is both consistent with the test result and a BAC below .08 at the time of driving.

ne consiste pas à présenter un TA précis, mais à présenter un TA supérieur à 0,08. Il faut également garder à l'esprit qu'il est notoire que le TA change constamment, au fur et à mesure que l'alcool est absorbé et éliminé par l'organisme. Il ne faut pas considérer que le législateur entendait édicter une présomption énonçant le contraire de ce fait incontestable. Il est selon moi plus réaliste de dire que l'effet de la disposition consiste à présumer qu'une personne dont le TA est supérieur à 0,08 au moment des analyses *n'avait pas un TA moins élevé au moment où elle conduisait*. Cette description de l'effet de la disposition est renforcée par la deuxième présomption d'identité énoncée à l'al. 258(1)d.1), comme je vais le préciser un peu plus loin.

[163] Un accusé peut éviter de deux façons l'application de la première présomption d'identité. Premièrement, comme je l'ai mentionné plus tôt, il peut soulever un doute au sujet de l'exactitude du résultat initial. Il est évident que, en présence d'un tel doute, ni la présomption d'exactitude ni la première présomption d'identité ne peuvent s'appliquer. Deuxièmement, l'accusé peut tenter de réfuter la deuxième présomption d'identité en présentant une preuve de type *Carter*, à la condition qu'elle soit compatible à la fois avec l'exactitude du résultat initial et avec un TA inférieur à 0,08 au moment où il conduisait. Comme je l'ai expliqué précédemment, cela donne ouverture à la présentation d'une preuve du dernier verre ou du verre d'après. Si la deuxième présomption d'identité ne s'applique pas, la première ne s'applique pas non plus.

[164] En résumé, voici quels sont la nature et l'effet véritables des dispositions pertinentes. Si le résultat de l'analyse indique un TA supérieur à 0,08, le TA de l'accusé est réputé être supérieur à 0,08 en l'absence de preuve tendant à démontrer que, n'eût été le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest, le résultat aurait dans les faits été inférieur à 0,08. S'il n'existe aucun doute au sujet de l'exactitude du résultat initial, on présume que le TA de l'accusé au moment où il conduisait n'était pas inférieur à son TA au moment des analyses, en l'absence d'une preuve qui soit compatible à la fois avec le résultat de l'alcootest et avec un TA inférieur à 0,08 au moment de la conduite du véhicule.

[165] Understood in this way, the provisions are simply rules about the burden of proof. They are not presumptions with basic facts in the traditional sense. The presumption of accuracy does not depend simply on the “deduction that may logically and reasonably be drawn” from the test result with regard to the actual BAC of the accused at the time of driving. The presumption rather reflects the demonstrated accuracy of the breathalyzer analysis conducted under the statutory conditions. Similarly, the first presumption of identity does not depend on logical deduction that the BAC at the time of driving is identical to that at the time of testing. There of course could be no such logical deduction because it is generally known that this cannot be the case. Rather, the presumption depends on the demonstrated fact that the accused’s BAC does not go up between the time of driving and the time of testing, absent the unusual situations of bolus or intervening drinking. My view, therefore, is that these presumptions cannot be analyzed for constitutional purposes as if they were mere factual presumptions that depend only on the force of the logical deduction from the proved facts that the presumed fact exists.

4. Do These Provisions Limit the Right to Be Presumed Innocent?

[166] In light of the true nature and effect of the provisions, my view is that the questions in relation to whether these provisions limit the right to be presumed innocent are these:

1. If the results of an analysis which complied with the statutory requirements show that an accused’s BAC at the time of testing was over .08, would it be reasonable for a trier of fact to have a doubt that the accused’s BAC was in fact over .08 at that time, in the absence of evidence raising a doubt about whether improper operation or malfunctioning of the device produced a result above point .08?
2. If an accused’s BAC was shown to be above .08 at the time of analysis, would it be reasonable

[165] Considérées ainsi, les dispositions constituent simplement des règles relatives au fardeau de la preuve. Elles ne constituent pas des présomptions basées sur des faits bien établis au sens traditionnel de ce terme. La présomption d’exactitude ne dépend pas simplement de la « déduction qui peut logiquement et raisonnablement être tirée » du résultat des analyses quant au véritable TA de l’accusé au moment où il conduisait. Elle reflète plutôt l’exactitude démontrée des analyses d’échantillons d’haleine effectuées conformément aux exigences prescrites par la loi. De même, la première présomption d’identité ne repose pas sur une déduction logique voulant que le TA au moment où l’accusé conduisait soit identique au TA au moment des analyses. Il va de soi qu’une telle déduction ne peut logiquement être tirée, car il est notoire que ce ne peut être le cas. Cette présomption repose plutôt sur le fait établi que le TA de l’accusé n’augmente pas entre le moment où l’accusé conduisait et celui où il se soumet au test, sous réserve des situations particulières du dernier verre ou du verre d’après. Par conséquent, je suis d’avis que ces présomptions ne peuvent pas être analysées sur le plan constitutionnel comme si elles constituaient de simples présomptions factuelles reposant uniquement sur une déduction logique, tirée à partir des faits prouvés, que le fait présumé existe.

4. Est-ce que les dispositions limitent le droit à la présomption d’innocence?

[166] Compte tenu de la nature et de l’effet véritables des dispositions en cause, voici selon moi les questions qu’il faut trancher pour décider si elles limitent le droit à la présomption d’innocence :

1. Si les résultats d’une analyse effectuée conformément aux exigences prescrites par la loi indiquent que le TA d’un accusé à ce moment dépassait 0,08, serait-il raisonnable de la part du juge des faits de mettre en doute ce résultat, en l’absence de preuve tendant à démontrer qu’il découle de l’utilisation incorrecte ou du mauvais fonctionnement de l’appareil?
2. S’il a été déterminé au moment de l’analyse que le TA de l’accusé était supérieur à 0,08,

for a trier of fact to have a doubt that the accused's BAC was in fact over .08 at the time of driving in the absence of evidence to the contrary?

[167] In my view, the answer to both of these questions is "no".

[168] I turn first to the presumption of accuracy. The first two matters set out as necessary to raise a reasonable doubt are that the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly and that this resulted in the determination that the accused's BAC exceeded the legal limit. There is strong support for the view that a breathalyzer test conducted according to the statutory requirements will yield a reliable and accurate result. Of course, this is not to say that the devices are infallible; but that is not what the presumption assumes. It seems to me that, given the evidence about the accuracy of the results, it would be unreasonable to have a doubt on this subject unless there is some basis in the evidence or the absence of evidence to ground a doubt about the proper functioning or operation of the device. In other words, absent some basis to suggest that something may have gone wrong with the breathalyzer or during the testing process, it would be unreasonable for a trier of fact not to consider the breathalyzer results to be reliable. In requiring some evidence tending to show improper functioning or operation, s. 258(1)(c) simply enacts common sense in light of accepted scientific fact.

[169] In my view, Parliament is entitled to legislate this rather than require the evidence to be called in every "blowing over" prosecution. There is no risk of conviction in the presence of a reasonable doubt about guilt.

[170] The third aspect of s. 258(1)(c) requires some evidence tending to raise a doubt that the

serait-il raisonnable de la part du juge des faits, en l'absence de preuve à l'effet contraire, de douter que le TA de l'accusé était dans les faits supérieur à 0,08 au moment où il conduisait le véhicule?

[167] À mon avis, la réponse à ces deux questions est « non ».

[168] Je vais d'abord examiner la présomption d'exactitude. Les deux premiers éléments indiqués comme étant essentiels pour susciter un doute raisonnable sont que l'instrument approuvé ait mal fonctionné ou ait été utilisé incorrectement et que, en raison de ce problème, il ait été déterminé que le TA de l'accusé dépassait la limite légale. L'opinion selon laquelle une analyse d'échantillons d'haleine effectuée conformément aux exigences prescrites par la loi produira un résultat fiable et exact est largement reconnue. Bien sûr, cela ne veut pas dire que les appareils utilisés à cette fin sont infallibles; mais ce n'est pas ce que la présomption postule. Il me semble que, compte tenu des données relatives à l'exactitude des résultats, il serait déraisonnable d'avoir un doute à ce sujet, sauf si la preuve ou l'absence de preuve justifie de douter du bon fonctionnement ou de l'utilisation correcte de l'appareil. En d'autres mots, en l'absence de motifs tendant à indiquer que l'alcootest a mal fonctionné ou que des problèmes sont survenus lors de son utilisation, il serait déraisonnable de la part du juge des faits de mettre en doute la fiabilité du résultat des analyses. En requérant des éléments de preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest, l'al. 258(1)c) ne fait qu'exprimer une exigence que dicte par ailleurs le bon sens, à la lumière des faits scientifiques acceptés.

[169] À mon avis, le législateur a le droit d'édicter une telle présomption plutôt que d'exiger la production d'une preuve dans chaque poursuite fondée sur un TA supérieur à la limite. L'accusé ne risque pas d'être déclaré coupable s'il existe un doute raisonnable au sujet de sa culpabilité.

[170] La troisième exigence prévue par l'al. 258(1)c) requiert des éléments de preuve tendant à

accused's BAC in fact did not exceed .08 at the time of the offence. I note to begin that as I have discussed earlier, if there is doubt about the first two matters, it is hard to conceive of why there would not also be a doubt about this third aspect. In any event, this Court has decided that in order to constitute evidence to the contrary as a matter of logic and relevance, that evidence must tend to raise a doubt that the BAC in fact did not exceed .08 at the time of testing: *Crosthwait*. It follows that this third aspect of the provision simply translates that requirement for materiality into the consideration of whether the device functioned or was operated improperly. The provision does not create any risk of conviction in the presence of a reasonable doubt about guilt. The provision simply requires that in order for there to be a reasonable doubt about whether the BAC reading was over .08, there must be some basis in the evidence to think that the device either malfunctioned or was improperly operated in a material respect.

[171] I therefore conclude that the presumption of accuracy in s. 258(1)(c) does not create a risk of conviction in the presence of a reasonable doubt about guilt. It therefore does not limit the right to be presumed innocent and there is no need to consider whether any limitation is justified under s. 1.

[172] I turn then to the presumptions of identity in ss. 258(1)(c) and 258(1)(d.1). In my view, there is overwhelming evidence that a breathalyzer test administered in accordance with the statutory requirements and which reveals an over .08 result is a reliable indication that the accused had a BAC which was equal to or higher than that at the time of driving: A.R., vol. 21, at pp. 100-102.

[173] As the report of Jacques Tremblay, filed in this case, stipulates, an individual's BAC rises steadily as one consumes alcohol ([TRANSLATION]

soulever un doute dans l'esprit du juge des faits et à l'amener à penser que le TA de l'accusé ne dépassait pas dans les faits 0,08 au moment de l'infraction. Je tiens d'abord à souligner que, comme je l'ai indiqué plus tôt, si un doute a été soulevé à l'égard des deux premiers éléments, il est difficile d'imaginer pourquoi il n'en n'existerait pas également un à l'égard du troisième élément. Quoi qu'il en soit, la Cour a décidé que, sur le plan de la logique et de la pertinence, constitue une preuve contraire une preuve qui tend à soulever un doute et amène le tribunal à penser que le TA ne dépassait pas dans les faits 0,08 au moment des analyses : *Crosthwait*. Il s'ensuit que ce troisième aspect de la disposition importe simplement cette exigence de pertinence dans l'examen de la question de savoir si l'appareil fonctionnait mal ou a été utilisé incorrectement. La disposition ne crée aucun risque que l'accusé soit déclaré coupable en présence d'un doute raisonnable au sujet de la culpabilité. Elle exige tout simplement que, pour que le tribunal puisse conclure à l'existence d'un doute raisonnable quant au TA supérieur à 0,08, l'accusé doit indiquer dans la preuve des éléments justifiant de penser que, d'une manière significative, l'appareil a mal fonctionné ou a été utilisé incorrectement.

[171] Par conséquent, je conclus que la présomption d'exactitude énoncée à l'al. 258(1)c) ne risque pas d'entraîner une déclaration de culpabilité s'il existe un doute raisonnable au sujet de la culpabilité. Elle ne limite donc pas le droit à la présomption d'innocence et, de ce fait, il n'est pas nécessaire de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier.

[172] Je vais maintenant examiner les présomptions d'identité prévues aux al. 258(1)c) et 258(1)d.1). Il existe selon moi une imposante preuve démontrant que des analyses d'alcoolémie effectuées conformément aux exigences prescrites par la loi et révélant un TA supérieur à 0,08 constituent une indication fiable que le TA de l'accusé au moment où il conduisait était égal ou supérieur au TA ainsi mesuré : d.a., vol. 21, p. 100-102.

[173] Comme le précise le rapport préparé par M. Jacques Tremblay, rapport qui a été déposé en l'espèce, le TA d'une personne augmente de manière

“absorption stage”), stabilizing itself rapidly after the last consumption. The BAC thereafter remains more or less stable for a period estimated at anywhere between 0 and two hours ([TRANSLATION] “plateau stage”). This stability is due to the fact that, in the presence of a regular rhythm of alcohol intake, the body’s rate of alcohol elimination is more or less equal to its rate of alcohol absorption during this period, such that the alcohol still being digested by the body after the last consumption has little to no effect on the individual’s BAC. It is only after that plateau period that the BAC decreases steadily until completely eliminated by the body ([TRANSLATION] “elimination stage”). As such, in cases where individuals, as usual, consume alcohol at a regular rate, a test taken within two hours of their last consumption will usually reveal a BAC that is either identical or lower than that which he had at the time of that consumption. This also leads to the conclusion that a person arrested and asked to submit himself or herself to a breathalyzer test will, when having consumed alcohol at a normal rate of consumption, either be in the plateau stage or the elimination stage at the time of the test, and thus, have a BAC that is either identical to or lower than when he was driving. Bearing in mind that the offence is having any BAC above .08 and given that I have concluded above that the presumption of accuracy is not objectionable, there is no infringement of the right to be presumed innocent by deeming that the BAC at the time of testing is the same as at the time of driving. Once again, Parliament has simply legislated well-established facts so that they do not have to be proved in every case. There is no risk of conviction on the basis of a reasonable doubt that has a basis in common sense and logic in the evidence or the absence of evidence.

[174] In my opinion, a doubt about the presumptions of identity based on bolus or intervening drinking would be speculative, absent evidence supporting the fact that one or the other of those scenarios had actually occurred. I note that the

constante au fur et à mesure qu’elle consomme de l’alcool (« phase de l’absorption »), puis il se stabilise rapidement après la dernière consommation. Le TA demeure ensuite plus ou moins stable pendant une période variant de 0 à deux heures (« phase du plateau »). Cette stabilité découle du fait que, si l’alcool est consommé selon un rythme régulier, son taux d’élimination est plus ou moins égal à son taux d’absorption au cours de cette période, de telle sorte que l’alcool qui est toujours en train d’être digéré par l’organisme après la dernière consommation a peu d’effet, sinon aucun, sur le TA de la personne. Ce n’est qu’après la phase du plateau que le TA décroît de façon constante, jusqu’à ce que l’alcool ait été complètement éliminé par l’organisme (« phase de l’élimination »). Ainsi, lorsqu’une personne — comme c’est le cas habituellement — consomme de l’alcool selon un rythme régulier, une analyse effectuée dans les deux heures suivant sa dernière consommation indiquera généralement un TA identique au TA au moment de la consommation ou moins élevé que celui-ci. Il s’ensuit qu’une personne qui a été arrêtée et s’est vu demander de se soumettre à une épreuve au moyen de l’alcootest sera — lorsqu’elle a consommé de l’alcool selon un rythme régulier — soit à la phase du plateau soit à la phase de l’élimination au moment du test et, par conséquent, son TA sera soit identique à son TA au moment où elle conduisait soit moins élevé que celui-ci. Comme l’infraction consiste à présenter un TA supérieur à 0,08 et, comme j’ai conclu précédemment que la présomption d’exactitude n’est pas contestable, le fait de présumer que le TA de l’accusé au moment des analyses correspond à son TA au moment où il conduisait ne viole pas le droit à la présomption d’innocence. Je le répète, le législateur a tout simplement énoncé dans la loi des faits bien établis, afin qu’il ne soit pas nécessaire de les prouver dans chaque instance. Il n’y a aucun risque qu’un accusé soit déclaré coupable s’il existe un doute raisonnable sensé et logique, basé sur la preuve ou sur une absence de preuve.

[174] À mon avis, un doute quant à l’application des présomptions d’identité qui serait fondé sur la notion du dernier verre ou celle du verre d’après relèverait de la conjecture en l’absence de preuve que l’un ou l’autre de ces scénarios s’est réellement

Ontario Court of Appeal has ruled in several cases that triers of fact are entitled to draw an inference that “normal people do not consume large quantities of alcohol shortly before, or while, driving”, in the absence of evidence putting in doubt the soundness of drawing this inference in a particular case: *R. v. Bulman*, 2007 ONCA 169, 221 O.A.C. 210, at para. 13. See also *R. v. Grosse* (1996), 29 O.R. (3d) 785; *R. v. Hall*, 2007 ONCA 8, 83 O.R. (3d) 641; *R. v. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424. I would apply the same principle to drinking after driving but before the breathalyzer test is administered. Even if it might be said that a reasonable doubt could exist about drinking between the time of driving and testing, placing an evidentiary burden on the accused to simply point to evidence capable of raising a doubt on this issue would readily pass the justification requirement under s. 1 of the *Charter*. The fact of post-driving drinking is peculiarly in the knowledge of the accused and it would be unduly onerous to require the prosecution to negate this rather unusual possibility in every case even when it had no foundation in the evidence.

[175] I am also of the view that the challenged provisions do not relieve the Crown of its obligation to present a case to meet before the accused is called on to answer. Where an over .08 breathalyzer test result is obtained in accordance with the statutory requirements, a trial judge cannot, in my opinion, conclude that there is no evidence upon which he could reasonably convict an accused.

##### 5. Section 1 of the *Charter*

[176] I turn to the s. 1 justification on the assumption that my colleague, Deschamps J. is correct that the second and third requirements under s. 258(1)(c) limit the right to be presumed innocent. These are the requirements to point to evidence raising a doubt that the malfunctioning or

produit. Je souligne que, dans plusieurs instances, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que le juge des faits a le droit de tirer l’inférence que [TRADUCTION] « des personnes normales ne consomment pas de grandes quantités d’alcool peu de temps avant de conduire ou pendant qu’elles conduisent », s’il n’existe aucune preuve tendant à mettre en doute le bien-fondé de cette inférence : *R. c. Bulman*, 2007 ONCA 169, 221 O.A.C. 210, par. 13. Voir également *R. c. Grosse* (1996), 29 O.R. (3d) 785; *R. c. Hall*, 2007 ONCA 8, 83 O.R. (3d) 641; *R. c. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424. J’appliquerais le même principe au fait de boire après avoir conduit, mais avant de subir le test. Même s’il est possible de prétendre qu’un doute raisonnable pourrait exister au sujet de la consommation d’alcool par l’accusé entre le moment où il conduisait et celui où il a subi le test, le fait d’obliger l’accusé à indiquer simplement dans la preuve des éléments permettant de soulever un doute à cet égard serait aisément justifié au regard de l’article premier de la *Charte*. C’est d’abord et avant tout l’accusé lui-même qui sait s’il a bu après avoir conduit, et ce serait imposer un fardeau indûment lourd à la poursuite que de l’obliger à réfuter dans tous les cas cette possibilité plutôt inhabituelle, même quand celle-ci n’est aucunement étayée par la preuve.

[175] Je suis également d’avis que les dispositions contestées ne libèrent pas le ministère public de son obligation de présenter une preuve complète contre l’accusé avant que celui-ci ne soit tenu de répondre. Lorsqu’une analyse effectuée en conformité avec les exigences prescrites par la loi indique un TA supérieur à 0,08, le juge du procès ne saurait selon moi conclure que rien dans la preuve ne lui permet de prononcer raisonnablement une déclaration de culpabilité contre l’accusé.

##### 5. L’article premier de la *Charte*

[176] Je vais examiner maintenant la question de la justification au regard de l’article premier, en tenant pour acquis que ma collègue la juge Deschamps a raison d’affirmer que les deuxième et troisième exigences énoncées à l’al. 258(1)(c) limitent le droit à la présomption d’innocence. Il

the improper operation of the device resulted in an over .08 reading and about whether the accused's BAC at the time of driving was under .08. My view is that any limitation is reasonable and demonstrably justified.

[177] As I explained above, I read the requirements in s. 258(1)(c) differently than does my colleague. The second requirement — to point to evidence raising a doubt that the malfunctioning or the improper operation of the device resulted in an over .08 reading — simply requires the evidence to be material to the issue of whether the accused had a BAC over the legal limit. Requiring evidence to be material to that issue, to my way of thinking, easily passes all of the steps of the *Oakes* analysis. The provision simply prevents evidence being adduced that is not logically probative of the accused's innocence. Without this second requirement, evidence that the device consistently underestimates the true BAC would rebut the presumption even though there is no realistic possibility that the accused's BAC was lower than the results obtained from the device.

[178] As for the third requirement — that the accused point to evidence raising a doubt that the accused's BAC at the time of driving was under .08 — I find it does not impose any significant burden that is not already discharged by meeting the second requirement. As I explained earlier, I find it hard to imagine how there could be a doubt about whether the device produced a result over .08 as a result of a malfunction or improper operation and yet there would not inevitably also be a doubt that the accused's BAC was in fact under .08.

s'agit des exigences requérant que l'accusé indique dans la preuve des éléments qui soulèvent un doute en tendant à démontrer que le résultat supérieur à 0,08 découle du mauvais fonctionnement de l'appareil ou de son utilisation incorrecte et que le TA de l'accusé au moment où il conduisait était inférieur à 0,08. À mon avis, si ces exigences créent une limite, elle est raisonnable et justifiée.

[177] Comme je l'ai expliqué plus tôt, je n'interprète pas de la même façon que ma collègue les exigences énoncées à l'al. 258(1)c). La deuxième exigence — à savoir que l'accusé indique dans la preuve des éléments qui soulèvent un doute en tendant à démontrer que le résultat supérieur à 0,08 découle du mauvais fonctionnement de l'appareil ou de son utilisation incorrecte — requiert simplement que cette preuve soit importante relativement à la question de savoir si le TA de l'accusé était supérieur à la limite légale. À mon avis, l'exigence voulant que la preuve soit importante à l'égard de cette question satisfait facilement à toutes les étapes de l'analyse énoncée dans *Oakes*. La disposition interdit tout simplement la présentation d'éléments de preuve qui ne sont pas logiquement probants en ce qui concerne l'innocence de l'accusé. Sans cette deuxième exigence, une preuve indiquant que l'appareil sous-estime de façon constante le TA véritable réfuterait la présomption, même en l'absence de possibilité réelle que le TA de l'accusé ait été inférieur au TA mesuré par l'appareil.

[178] Pour ce qui est de la troisième exigence — à savoir que l'accusé indique dans la preuve des éléments qui soulèvent un doute en tendant à démontrer que son TA au moment où il conduisait était inférieur à 0,08 —, je conclus qu'elle n'impose à ce dernier aucun fardeau important dont il ne se serait pas déjà acquitté en satisfaisant à la deuxième exigence. Comme je l'ai expliqué précédemment, j'ai de la difficulté à imaginer comment un tribunal qui aurait un doute et penserait que l'appareil a indiqué un résultat supérieur à 0,08 en raison d'un mauvais fonctionnement ou d'une utilisation incorrecte ne penserait pas inévitablement aussi que le TA de l'accusé était dans les faits inférieur à 0,08.

[179] My conclusion is that the provisions which my colleague would hold to limit the right to be presumed innocent readily pass the s. 1 justification and should be upheld as reasonable limits demonstrably justified in a free and democratic society.

#### D. Conclusion

[180] I would uphold the conviction entered by Judge Chapdelaine against the respondent. I would however allow the appeal with respect to the constitutional questions and answer them as follows:

1. Do ss. 258(1)(c), 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

3. Do ss. 258(1)(c), 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

5. Do ss. 258(1)(c), 258(1)(d.01) and 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

[179] J'arrive à la conclusion que les dispositions qui, de l'avis de ma collègue, limitent le droit à la présomption d'innocence satisfont sans difficulté au critère de justification prévu par l'article premier et qu'elles constituent, de ce fait, des limites raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique.

#### D. Conclusion

[180] Je suis d'avis de confirmer la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Chapdelaine contre l'intimée. Toutefois, j'accueillerais l'appel en ce qui concerne les questions constitutionnelles, auxquelles je répondrais de la façon suivante :

1. Les alinéas 258(1)c), 258(1)d.01) et 258(1)d.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, portent-ils atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Les alinéas 258(1)c), 258(1)d.01) et 258(1)d.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, portent-ils atteinte à l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

4. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. Les alinéas 258(1)c), 258(1)d.01) et 258(1)d.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, portent-ils atteinte à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.



6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

### APPENDIX

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

**258.** (1) In any proceedings under subsection 255(1) in respect of an offence committed under section 253 or subsection 254(5) or in any proceedings under any of subsections 255(2) to (3.2),

(c) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if

(i) [Repealed before coming into force, 2008, c. 20, s. 3]

(ii) each sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and, in the case of the first sample, not later than two hours after that time, with an interval of at least fifteen minutes between the times when the samples were taken,

(iii) each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

(iv) an analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

evidence of the results of the analyses so made is conclusive proof that the concentration of alcohol in the accused's blood both at the time when the analyses were made and at the time when the offence was alleged to have been committed was, if the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, if the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses, in the absence of evidence tending to show all of the following three

6. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

### ANNEXE

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

**258.** (1) Dans des poursuites engagées en vertu du paragraphe 255(1) à l'égard d'une infraction prévue à l'article 253 ou au paragraphe 254(5) ou dans des poursuites engagées en vertu de l'un des paragraphes 255(2) à (3.2) :

c) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), la preuve des résultats des analyses fait foi de façon concluante, en l'absence de toute preuve tendant à démontrer à la fois que les résultats des analyses montrant une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang découlent du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé et que l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise ne dépassait pas quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, de l'alcoolémie de l'accusé tant au moment des analyses qu'à celui où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies :

(i) [Abrogé avant d'entrer en vigueur, 2008, ch. 20, art. 3]

(ii) chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction aurait été commise et, dans le cas du premier échantillon, pas plus de deux heures après ce moment, les autres l'ayant été à des intervalles d'au moins quinze minutes,

(iii) chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

things — that the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly, that the malfunction or improper operation resulted in the determination that the concentration of alcohol in the accused's blood exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood, and that the concentration of alcohol in the accused's blood would not in fact have exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood at the time when the offence was alleged to have been committed;

. . .

*(d.01)* for greater certainty, evidence tending to show that an approved instrument was malfunctioning or was operated improperly, or that an analysis of a sample of the accused's blood was performed improperly, does not include evidence of

- (i) the amount of alcohol that the accused consumed,
- (ii) the rate at which the alcohol that the accused consumed would have been absorbed and eliminated by the accused's body, or
- (iii) a calculation based on that evidence of what the concentration of alcohol in the accused's blood would have been at the time when the offence was alleged to have been committed;

*(d.1)* if samples of the accused's breath or a sample of the accused's blood have been taken as described in paragraph *(c)* or *(d)* under the conditions described in that paragraph and the results of the analyses show a concentration of alcohol in blood exceeding 80 mg of alcohol in 100 mL of blood, evidence of the results of the analyses is proof that the concentration of alcohol in the accused's blood at the time when the offence was alleged to have been committed exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood, in the absence of evidence tending to show that the accused's consumption of alcohol was consistent with both

- (i) a concentration of alcohol in the accused's blood that did not exceed 80 mg of alcohol in 100 mL of blood at the time when the offence was alleged to have been committed, and
- (ii) the concentration of alcohol in the accused's blood as determined under paragraph *(c)* or *(d)*, as the case may be, at the time when the sample or samples were taken;

(iv) une analyse de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié;

. . .

*d.01)* il est entendu que ne constituent pas une preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé ou le fait que les analyses ont été effectuées incorrectement les éléments de preuve portant :

- (i) soit sur la quantité d'alcool consommé par l'accusé,
- (ii) soit sur le taux d'absorption ou d'élimination de l'alcool par son organisme,
- (iii) soit sur le calcul, fondé sur ces éléments de preuve, de ce qu'aurait été son alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise;

*d.1)* si les analyses visées aux alinéas *c)* ou *d)* montrent une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, le résultat des analyses fait foi d'une telle alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise, en l'absence de preuve tendant à démontrer que la consommation d'alcool par l'accusé était compatible avec, à la fois :

- (i) une alcoolémie ne dépassant pas quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang au moment où l'infraction aurait été commise,
- (ii) l'alcoolémie établie par les analyses visées aux alinéas *c)* ou *d)*, selon le cas, au moment du prélèvement des échantillons;

*Appeal allowed in part, ROTHSTEIN and CROMWELL JJ. dissenting in part.*

*Solicitor for the appellants: Attorney general of Québec, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Fréchette, Blanchette, Sherbrooke.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney general of Canada, Montréal.*

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

*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 of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener Barreau du Québec: LaBrie, Gariépy & Associés, Longueuil.*

*Solicitors for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Downs Lepage, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Ducharme Fox, Windsor; Burstein Bryant, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association: Gunn Law Group, Edmonton.*

*Pourvoi accueilli en partie, les juges ROTHSTEIN et CROMWELL sont dissidents en partie.*

*Procureur des appelants : Procureur général du Québec, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée : Fréchette, Blanchette, Sherbrooke.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.*

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

*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'intervenante le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenant le Barreau du Québec : LaBrie, Gariépy & Associés, Longueuil.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Downs Lepage, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Ducharme Fox, Windsor; Burstein Bryant, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association : Gunn Law Group, Edmonton.*

**Samuel Dineley** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada and Attorney  
General of Quebec** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. DINELEY**

**2012 SCC 58**

File No.: 33640.

2011: October 13; 2012: November 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Defences — “Carter defence” — Accused charged with impaired driving and driving “over 80” — Amendments brought to Criminal Code during accused’s trial limiting evidence that may be adduced in defence to raise doubt about reliability of breathalyzer test results — Whether Carter defence available to accused — Whether amendments have retrospective effect to time of alleged offences — Whether amendments affect procedural or substantive rights — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (d.01) — Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6.*

*Legislation — Interpretation — Effect of new legislation — Amendments brought to Criminal Code during accused’s trial limiting evidence that may be adduced in defence to raise doubt about reliability of breathalyzer test results — Whether amendments have retrospective effect to time of alleged offences — Whether amendments affect procedural or substantive rights — Whether Parliament provided for preservation of evidence for cases that began before amendments came*

**Samuel Dineley** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada et procureur  
général du Québec** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. DINELEY**

**2012 CSC 58**

N° du greffe : 33640.

2011 : 13 octobre; 2012 : 2 novembre.

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

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

*Droit criminel — Moyens de défense — « Défense de type Carter » — Accusé inculpé de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 » — Modifications apportées au Code criminel durant le procès de l’accusé limitent les éléments de preuve qui peuvent être produits en défense pour mettre en doute la fiabilité des résultats obtenus par l’utilisation d’un alcootest — L’accusé peut-il se prévaloir de la défense de type Carter? — Les modifications s’appliquent-elles rétrospectivement au moment où les infractions reprochées auraient été commises? — Les modifications portent-elles atteinte à des droits procéduraux ou substantiels? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)c, d.01) — Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6.*

*Législation — Interprétation — Effet d’une nouvelle loi — Modifications apportées au Code criminel durant le procès de l’accusé limitent les éléments de preuve qui peuvent être produits en défense pour mettre en doute la fiabilité des résultats obtenus par l’utilisation d’un alcootest — Les modifications s’appliquent-elles rétrospectivement au moment où les infractions reprochées auraient été commises? — Les modifications portent-elles atteinte à des droits procéduraux ou*

into force — *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (d.01) — *Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6.

D was involved in a motor vehicle incident, following which he was asked to submit to breathalyzer tests. The instrument registered 99 and 97 mg of alcohol per 100 mL of blood. D was charged with impaired driving and driving with a blood alcohol level over the legal limit of 80 mg of alcohol in 100 mL of blood.

At the beginning of D's trial, counsel for D advised the judge that he intended to tender a toxicology report in order to challenge the accuracy of the breathalyzer test results — what is known as a *Carter* defence. Crown counsel wished to cross-examine the toxicologist on his report, but the latter was not present and the trial was accordingly adjourned. Following the adjournment but prior to the resumption of D's trial, amendments to the *Criminal Code* were enacted, the effect of which is to eliminate the *Carter* defence as an independent means to raise a doubt about the reliability of breathalyzer test results.

The trial judge accepted the *Carter* defence adduced by D and entered an acquittal. The summary conviction appeal judge upheld that decision concluding that the new legislative provisions virtually eliminated the *Carter* defence, that they were substantive in nature and not procedural, and that they therefore applied only prospectively. The Court of Appeal reversed that decision and held that the new legislative provisions were merely evidentiary and that they therefore applied to the case. A new trial was ordered to proceed on the basis of s. 258(1) of the *Criminal Code* as amended.

*Held* (McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the acquittal restored.

*Per* LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.: Courts have long recognized that the cases in which legislation has retrospective effect must be exceptional. More specifically, where new legislative provisions affect either vested or substantive rights, retrospectivity has been found to be undesirable. The key task in determining the temporal application of new legislative provisions lies not in labelling the provisions “procedural”

substantiels? — *Le législateur a-t-il prévu la conservation d'éléments de preuve en vue des procès intentés avant l'entrée en vigueur des modifications?* — *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)(c), (d.01) — *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, ch. 6.

D a été impliqué dans un accident automobile après lequel on lui a demandé de se soumettre à des alcootests qui ont révélé des taux de 99 et 97 mg d'alcool par 100 ml de sang. D a été inculpé de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale de 80 mg d'alcool par 100 ml de sang.

Au début du procès de D, l'avocat de ce dernier a informé le juge qu'il comptait produire le rapport d'un toxicologue pour contester l'exactitude des résultats de l'alcootest — ce qu'on appelle une défense de type *Carter*. L'avocat du ministère public souhaitait contre-interroger le toxicologue au sujet de son rapport, mais ce dernier était absent. Le procès a donc été ajourné. Après l'ajournement, mais avant la reprise du procès de D, des modifications au *Code criminel* ont été adoptées, ce qui a eu pour effet d'éliminer la défense de type *Carter* comme moyen indépendant pour soulever un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats de l'alcootest.

Le juge du procès a conclu à la recevabilité de la défense de type *Carter* présentée par D et a acquitté ce dernier. Le juge de la cour d'appel des poursuites sommaires a maintenu cette décision, concluant que les nouvelles dispositions législatives avaient pratiquement supprimé la défense de type *Carter*, qu'elles étaient des dispositions substantielles et non procédurales, et qu'elles ne s'appliquaient donc que pour l'avenir. La Cour d'appel a infirmé cette décision et conclu que les nouvelles dispositions législatives portaient simplement sur la preuve et qu'elles s'appliquaient par conséquent au cas à l'étude. La tenue d'un nouveau procès sur le fondement du par. 258(1) du *Code criminel* tel que modifié a été ordonnée.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et l'acquiescement est rétabli.

*Les juges* LeBel, Deschamps, Fish et Abella : Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps le caractère exceptionnel des mesures législatives applicables rétrospectivement. Plus précisément, ils ont jugé indésirable l'application rétrospective de nouvelles dispositions législatives portant atteinte à des droits acquis ou substantiels. La tâche qui s'impose pour statuer sur l'application dans le temps des nouvelles dispositions

or “substantive”, but in discerning whether they affect substantive rights.

The fact that new legislation has an effect on the content or existence of a defence, as opposed to affecting only the manner in which it is presented, is an indication that substantive rights are affected. As a result of the amendments to the *Criminal Code* and the decision in *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, the only evidence that can be tendered to raise a reasonable doubt about the reliability of breathalyzer test results is now evidence that the instrument was malfunctioning or was operated improperly. The *Carter* defence has been eliminated as an independent means to raise a reasonable doubt about the reliability of breathalyzer test results. This illustrates that the amendments to the *Criminal Code* are not merely procedural; they affect a defence open to an accused and are therefore subject to the presumption against the retrospective application of new legislation.

The broad scheme put in place by Parliament is based on presumptions that the results of the breathalyzer analyses are accurate and that they are identical to the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence. As discussed in *St-Onge Lamoureux*, these statutory presumptions infringe the constitutionally protected right to be presumed innocent. The conclusion that the infringement is justified in the context of the new legislation does not alter the fact that constitutional rights are affected. This is a further indication that the new legislation affects substantive rights, since constitutional rights are necessarily substantive. When constitutional rights are affected, the general rule against the retrospective application of legislation should apply.

Finally, where the former legislation does not contemplate the gathering of evidence that is required by the new legislation, the new legislation can only be prospective.

*Per* McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ. (dissenting): There are three principles of statutory interpretation that are potentially relevant to the issue of when new legislative provisions apply. One principle is that the legislature is presumed not to intend legislation to change the legal character or consequences of

législatives consiste non pas à les qualifier de « dispositions procédurales » ou de « dispositions substantielles », mais à déterminer si elles portent atteinte à des droits substantiels.

Le fait qu’une nouvelle mesure législative influe sur le contenu ou sur l’existence d’un moyen de défense, plutôt qu’uniquement sur sa présentation, indique que des droits substantiels sont en jeu. Étant donné les modifications apportées au *Code criminel* et l’arrêt *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, la seule preuve pouvant être produite pour soulever un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats de l’alcooltest se limite désormais à celle du mauvais fonctionnement ou de l’utilisation incorrecte de l’alcooltest. La défense de type *Carter* a été supprimée comme moyen de défense susceptible de soulever, à lui seul, un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats de l’analyse. Cela indique que les modifications au *Code criminel* ne sont pas simplement de nature procédurale; elles ont une incidence sur un moyen de défense dont dispose l’accusé et sont, par le fait même, assujetties à la présomption de non-rétrospectivité des nouvelles mesures législatives.

Le régime général instauré par le législateur repose sur des présomptions voulant que les résultats des analyses soient exacts et correspondent à l’alcoolémie de l’accusé au moment où l’infraction reprochée aurait été commise. Comme l’illustre l’arrêt *St-Onge Lamoureux*, ces présomptions légales portent atteinte à la présomption d’innocence garantie par la Constitution. La conclusion selon laquelle l’atteinte est justifiée sous le régime des nouvelles mesures législatives ne change rien au fait qu’il a été porté atteinte à des droits constitutionnels. Il s’agit d’une indication supplémentaire que les nouvelles mesures législatives portent atteinte à des droits substantiels puisque les droits constitutionnels sont forcément de nature substantielle. La règle générale interdisant l’application rétrospective des mesures législatives devrait s’appliquer en cas d’atteinte à des droits constitutionnels.

Finalement, dans les cas où l’ancienne mesure législative n’envisage pas la collecte d’éléments de preuve devenue nécessaire en raison de la nouvelle mesure législative, celle-ci ne peut s’appliquer que pour l’avenir.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell (dissidents) : Trois principes d’interprétation des lois peuvent être pertinents pour déterminer dans quels cas s’appliquent de nouvelles dispositions législatives. Selon le premier d’entre eux, le législateur est présumé ne pas souhaiter que la loi modifie la nature

actions that occurred before its enactment. Another is that the legislature is presumed not to intend to interfere with vested rights. A third is that the legislature intends an enactment dealing with exclusively procedural matters, including matters of evidence, to apply immediately to all proceedings, whether commenced before or after the enactment comes into force. The principal question in this case is whether the new legislative provisions at issue are procedural or substantive.

The new legislative provisions in issue meet all of the tests enunciated in the Court's jurisprudence for determining whether a provision is procedural and they have none of the characteristics of provisions which are properly characterized as substantive. The provisions deal with factual presumptions and what is required to rebut them, and their operation is dependent on the existence of litigation. Evidentiary provisions like these are ordinarily considered to be procedural. Moreover, the provisions have none of the hallmarks of substantive provisions. They do not attach new consequences to past acts or change the substantive content of a defence, nor do they change the existence or content of a right. The elements of the offence have not changed and it remains open to the accused to point to evidence raising a reasonable doubt about the existence of those elements. The provisions do not make conduct unlawful that was lawful at the time it occurred. In addition, the fact that a provision is found to limit an accused's right to be presumed innocent under s. 11(d) of the *Charter* does not support the conclusion that the provision is substantive.

The new provisions do not eliminate or neuter a defence. The so-called "*Carter* defence" in reality is a particular type of evidence adduced in order to raise a reasonable doubt. If these provisions are characterized as taking away a defence, then any evidentiary provision that increases the risk of conviction would have to be so characterized. The jurisprudence of this Court makes clear that this is not the case.

The new provisions accordingly relate only to the rules of evidence which apply at trial and they are therefore purely procedural. As such, these new provisions are subject to the presumption of immediate application, and there is nothing to rebut this presumption.

ou les conséquences juridiques des actes commis avant son adoption. Selon le deuxième principe, le législateur est présumé ne pas avoir l'intention de porter atteinte à des droits acquis. Selon le troisième, le législateur souhaite qu'un texte portant exclusivement sur des questions de procédure, y compris de preuve, s'applique immédiatement à toutes les instances, que celles-ci aient été engagées avant ou après l'entrée en vigueur du texte. La principale question en litige en l'espèce est celle de savoir si les nouvelles dispositions législatives en cause sont de nature procédurale ou substantielle.

Les nouvelles dispositions législatives en cause satisfont à tous les critères énoncés par la Cour dans sa jurisprudence pour établir qu'une disposition est de nature procédurale, et elles n'ont aucune des caractéristiques des dispositions considérées à juste titre comme relevant du fond. Les dispositions traitent de présomptions de fait et des éléments de preuve nécessaires pour les réfuter, et elles ne sont pertinentes que s'il y a bel et bien un litige. Les dispositions relatives à la preuve comme celles en cause en l'espèce sont habituellement considérées de nature procédurale. Qui plus est, ces dispositions n'ont aucune des caractéristiques des dispositions de fond. Elles ne confèrent pas de conséquences nouvelles à des actes antérieurs, ni ne modifient le contenu substantiel d'un moyen de défense. Elles n'influent pas non plus sur l'existence ou sur le contenu d'un droit. Les éléments de l'infraction n'ont pas changé et il demeure loisible à l'accusé de présenter une preuve soulevant un doute raisonnable quant à l'existence de ces éléments. Les dispositions n'interdisent pas une conduite qui était légale au moment où elle est survenue. En outre, le fait que la disposition limite le droit de l'accusé d'être présumé innocent protégé par l'al. 11d) de la *Charte* ne soutient pas la conclusion que la disposition en est une de fond.

Les nouvelles dispositions n'éliminent pas de moyen de défense, elles n'en neutralisent pas non plus. Ce que l'on appelle la « défense de type *Carter* » est en fait un type particulier de preuve présentée afin de soulever un doute raisonnable. Si l'on considère que ces dispositions écartent un moyen de défense, il faudrait alors considérer que toute disposition relative à la preuve qui augmente le risque de condamnation a le même effet. La jurisprudence de la Cour indique clairement qu'il n'en est rien.

Ainsi, les nouvelles dispositions ne concernent que les règles de preuve applicables lors d'un procès et elles sont donc purement procédurales. Cela étant, elles sont donc purement procédurales. Cela étant, elles sont présumées s'appliquer immédiatement, et rien ne réfute cette présomption.

## Cases Cited

By Deschamps J.

**Referred to:** *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *R. v. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174; *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. Gervais* (1978), 43 C.C.C. (2d) 533; *R. v. Ali*, [1980] 1 S.C.R. 221; *R. v. Loiseau*, 2010 QCCA 1872 (CanLII).

By Cromwell J. (dissenting)

*R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089; *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791; *R. v. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *R. v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, Ex parte Spath Holme Ltd.*, [2001] 2 A.C. 349; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306; *West v. Gwynne*, [1911] 2 Ch. 1; *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; *Dikranian v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 73, [2005] 3 S.C.R. 530; *Ciecierski v. Fenning*, 2005 MBCA 52, 195 Man. R. (2d) 272; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413; *Attorney General of Quebec v. Expropriation Tribunal*, [1986] 1 S.C.R. 732; *Venne v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 880; *Wright v. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *Moon v. Durden*, [1848] 2 Ex. 22, 154 E.R. 389; *Midland Railway Co. v. Pye* (1861), 10 C.B. (N.S.) 179, 142 E.R. 419; *Yew Bon Tew v. Kenderaan Bas Mara*, [1983] 1 A.C. 553; *Martin v. Perrie*, [1986] 1 S.C.R. 41; *The Ydun*, [1899] P. 236; *Republic of Costa Rica v. Erlanger*, [1876] 3 Ch. D. 62; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403; *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *Bingeman v. McLaughlin*, [1978] 1 S.C.R. 548; *R. v. Gervais* (1978), 43 C.C.C. (2d) 533; *Taylor v. The Queen* (1876), 1 S.C.R. 65; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] S.C.R. 1038; *R. v. Puskas*, [1998] 1 S.C.R. 1207; *R. v. Ali*, [1980] 1 S.C.R. 221; *R. v. Gartner*, 2010 ABCA 335, 490 A.R. 268; *R. v. Truong*, 2010 BCCA 536, 296 B.C.A.C. 248; *R. v. Loiseau*, 2010 QCCA 1872 (CanLII).

## Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

**Arrêts mentionnés :** *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *R. c. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174; *Angus c. Sun Alliance Compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. Gervais*, [1978] J.Q. n° 181 (QL); *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221; *R. c. Loiseau*, 2010 QCCA 1872, [2010] R.J.Q. 2246.

Citée par le juge Cromwell (dissident)

*R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089; *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791; *R. c. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *R. c. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, Ex parte Spath Holme Ltd.*, [2001] 2 A.C. 349; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306; *West c. Gwynne*, [1911] 2 Ch. 1; *Angus c. Sun Alliance Compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 73, [2005] 3 R.C.S. 530; *Ciecierski c. Fenning*, 2005 MBCA 52, 195 Man. R. (2d) 272; *Upper Canada College c. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413; *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*, [1986] 1 R.C.S. 732; *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 880; *Wright c. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Moon c. Durden*, [1848] 2 Ex. 22, 154 E.R. 389; *Midland Railway Co. c. Pye* (1861), 10 C.B. (N.S.) 179, 142 E.R. 419; *Yew Bon Tew c. Kenderaan Bas Mara*, [1983] 1 A.C. 553; *Martin c. Perrie*, [1986] 1 R.C.S. 41; *The Ydun*, [1899] P. 236; *Republic of Costa Rica c. Erlanger*, [1876] 3 Ch. D. 62; *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403; *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *Bingeman c. McLaughlin*, [1978] 1 R.C.S. 548; *R. c. Gervais*, [1978] J.Q. n° 181 (QL); *Taylor c. The Queen* (1876), 1 R.C.S. 65; *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] R.C.S. 1038; *R. c. Puskas*, [1998] 1 R.C.S. 1207; *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221; *R. c. Gartner*, 2010 ABCA 335, 490 A.R. 268; *R. c. Truong*, 2010 BCCA 536, 296 B.C.A.C. 248; *R. c. Loiseau*, 2010 QCCA 1872, [2010] R.J.Q. 2246.



**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(d).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253(1)(a), (b),  
258(1)(c), (d.01).

*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 43, 44.

*Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6.

**Authors Cited**

Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on the Law of Evidence*, 9th ed. by Ronald Burrows. London: Sweet & Maxwell, 1952.

Roubier, Paul. *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz et Sirey, 1960.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Cronk and Epstein J.J.A.), 2009 ONCA 814, 98 O.R. (3d) 81, 248 C.C.C. (3d) 489, 71 C.R. (6th) 25, 256 O.A.C. 235, 86 M.V.R. (5th) 45, [2009] O.J. No. 4875 (QL), 2009 CarswellOnt 7170, setting aside a decision of Sproat J. (2009), 86 M.V.R. (5th) 34, 2009 CanLII 24636, [2009] O.J. No. 2007 (QL), 2009 CarswellOnt 2698, upholding the acquittal entered by Clements J. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ. dissenting.

*Paul Burstein and J. Thomas Wiley*, for the appellant.

*Philip Perlmutter and James Palangio*, for the respondent.

*Jeffrey G. Johnston*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Michel Déom, Jean-Vincent Lacroix, Marie-Ève Mayer and Patricia Blair*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

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

[1] DESCHAMPS J. — This appeal raises the question whether certain provisions of the *Tackling*

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11d).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253(1a), b),  
258(1)c), d.01).

*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 43, 44.

*Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, ch. 6.

**Doctrine et autres documents cités**

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 2009.

Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on the Law of Evidence*, 9th ed. by Ronald Burrows. London : Sweet & Maxwell, 1952.

Roubier, Paul. *Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps*, 2<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz et Sirey, 1960.

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 MacPherson, Cronk et Epstein), 2009 ONCA 814, 98 O.R. (3d) 81, 248 C.C.C. (3d) 489, 71 C.R. (6th) 25, 256 O.A.C. 235, 86 M.V.R. (5th) 45, [2009] O.J. No. 4875 (QL), 2009 CarswellOnt 7170, qui a infirmé une décision du juge Sproat (2009), 86 M.V.R. (5th) 34, 2009 CanLII 24636, [2009] O.J. No. 2007 (QL), 2009 CarswellOnt 2698, confirmant l'acquittement prononcé par le juge Clements. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell sont dissidents.

*Paul Burstein et J. Thomas Wiley*, pour l'appellant.

*Philip Perlmutter et James Palangio*, pour l'intimée.

*Jeffrey G. Johnston*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Michel Déom, Jean-Vincent Lacroix, Marie-Ève Mayer et Patricia Blair*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

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

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si certaines

*Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6 (“Amendments”), which amended the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, operate retrospectively.

[2] As I explain in greater detail in my reasons in *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, a case heard concurrently with the case at bar, the Amendments limit the evidence an accused can adduce to raise doubt about the reliability of breathalyzer test results obtained using an approved instrument. The objective of the Amendments, which form part of a broader scheme implemented by Parliament to reduce the incidence of impaired driving, is to give those results a weight consistent with their scientific value (*St-Onge Lamoureux*, at paras. 29 and 31). In order to rebut the presumptions of accuracy and identity applicable to breathalyzer test results, which favour the Crown, an accused can no longer simply rely on an expert opinion that the amount of alcohol he or she consumed is inconsistent with the test results — what is known as the “*Carter* defence” (*R. v. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174 (Ont. C.A.)).

[3] There are no transitional provisions that provide express guidance as to whether the Amendments apply retrospectively, that is, to conduct which occurred before the Amendments came into force. Resort must be had to general principles and to the effect of the Amendments. For the reasons that follow, I conclude that the Amendments do not apply retrospectively. I would allow the appeal and restore the acquittal entered at trial.

#### I. Facts and Judicial History

[4] On July 22, 2007, a vehicle driven by the appellant, Samuel Dineley, struck a parked vehicle. He was asked to submit to breathalyzer tests. The instrument registered 99 and 97 mg of alcohol per 100 mL of blood. He was charged with impaired driving and driving with a blood alcohol level over the legal limit of 80 mg of alcohol in 100 mL of blood.

dispositions de la *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, ch. 6 (les « modifications »), qui ont modifié le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, s’appliquent rétrospectivement.

[2] Comme je l’explique plus en détail dans *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, une affaire entendue en même temps que la présente espèce, les modifications limitent les éléments de preuve que l’accusé peut produire pour mettre en doute la fiabilité des résultats obtenus par l’utilisation d’un alcootest approuvé. Les modifications, qui s’inscrivent dans un régime plus large mis en place par le législateur pour réduire la fréquence de la conduite avec facultés affaiblies, ont pour objet d’attribuer à ces résultats un poids correspondant à leur valeur scientifique (*St-Onge Lamoureux*, par. 29 et 31). Pour réfuter les présomptions d’exactitude et d’identité dont jouit le ministère public à l’égard des résultats de l’alcootest, l’accusé ne peut plus se fonder simplement sur l’avis d’un expert selon lequel la quantité d’alcool qu’il a consommé est incompatible avec les résultats de l’analyse, ce que l’on appelle la « défense de type *Carter* » (*R. c. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174 (C.A. Ont.)).

[3] Il n’y a aucune disposition transitoire indiquant expressément si les modifications s’appliquent rétrospectivement, c’est-à-dire aux actes commis avant leur entrée en vigueur. Il faut donc s’en remettre aux principes généraux et à l’effet des modifications. Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que les modifications ne s’appliquent pas rétrospectivement. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir l’acquittal prononcé au procès.

#### I. Faits et historique judiciaire

[4] Le 22 juillet 2007, le véhicule conduit par l’appelant, Samuel Dineley, est entré en collision avec un véhicule stationné. On lui a demandé de se soumettre à des alcootests. Les résultats de ces alcootests ont révélé des taux de 99 et 97 mg d’alcool par 100 ml de sang. Il a été inculpé de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale de 80 mg d’alcool par 100 ml de sang.

[5] At the beginning of the trial, on June 19, 2008, counsel for Mr. Dineley advised the judge that he would not be able to complete the case for the defence that day. He intended to tender a toxicology report in support of a *Carter* defence in order to challenge the accuracy of the breathalyzer test results; Crown counsel had asked to cross-examine the toxicologist on his report, but the latter was not present. The hearing started that day on the common understanding that the case for the defence would be continued on July 15, 2008 to enable the Crown to cross-examine the toxicologist. Both Crown and defence counsel were or ought to have been aware that the Amendments would come into force on July 2, 2008. Section 258(1)(c) of the *Criminal Code*, as amended by the Amendments, establishes a presumption of accuracy of breathalyzer test results and a presumption of identity of those results with the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence. Under s. 258(1)(c), these presumptions will now be rebutted only if the accused leads evidence tending to show that the instrument malfunctioned or was improperly operated. The effect of that provision, together with s. 258(1)(d.01), is to eliminate the *Carter* defence as an independent means to raise a reasonable doubt about the reliability of breathalyzer test results.

[6] The trial judge did not allow the Crown to argue that the Amendments applied to preclude a *Carter* defence. In his opinion, it was improper for the Crown to obtain an adjournment for purposes of cross-examining the toxicologist and then invoke the Amendments which came into force in the interim without having first warned defence counsel that it intended to do so. He accepted the *Carter* defence and acquitted Mr. Dineley.

[7] The summary conviction appeal judge held that it was not improper for the Crown to raise the issue of the applicability of the Amendments. However, he was of the view that the Amendments virtually eliminated the *Carter* defence, that they were

[5] Au début du procès, le 19 juin 2008, l'avocat de M. Dineley a informé le juge qu'il ne serait pas en mesure d'achever la présentation de la défense ce jour-là. Il comptait produire le rapport d'un toxicologue à l'appui d'une défense de type *Carter* pour contester l'exactitude des résultats de l'alcootest; l'avocat du ministère public avait pour sa part demandé de contre-interroger le toxicologue au sujet de son rapport, mais ce dernier était absent. Ce jour-là, toutes les parties ont convenu que la présentation de la défense se poursuivrait le 15 juillet 2008 pour permettre au ministère public de procéder à ce contre-interrogatoire. Tant l'avocat du ministère public que celui de la défense savaient ou auraient dû savoir que les modifications entreraient en vigueur le 2 juillet 2008. L'alinéa 258(1)c) du *Code criminel*, tel qu'il a été modifié par les modifications, crée une présomption d'exactitude des résultats de l'alcootest et une présomption voulant que ces résultats correspondent à l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction reprochée aurait été commise. Selon l'al. 258(1)c), ces présomptions ne peuvent être réfutées que si l'accusé présente des éléments de preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest. Cette disposition, combinée à l'al. 258(1)d.01), élimine la défense de type *Carter* comme moyen indépendant pour soulever un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats de l'alcootest.

[6] Le juge du procès n'a pas autorisé le ministère public à soutenir que l'application des modifications faisait obstacle à une défense de type *Carter*. Il lui semblait inapproprié que le ministère public demande un ajournement pour contre-interroger le toxicologue et invoque ensuite les modifications qui sont entrées en vigueur dans l'intervalle sans avoir prévenu au préalable l'avocat de la défense que telle était son intention. Il a jugé recevable la défense de type *Carter* et acquitté M. Dineley.

[7] Le juge de la cour d'appel des poursuites sommaires a estimé qu'il n'était pas inapproprié que le ministère public ait soulevé la question de l'applicabilité des modifications. Toutefois, il s'est dit d'avis que ces dernières avaient pratiquement supprimé la

substantive in nature and not procedural, and that they therefore applied only prospectively.

[8] The Court of Appeal reversed that decision. It held that the Amendments were merely evidentiary and that they therefore applied to the case. According to MacPherson J.A., writing for the court, the *Carter* defence had not been eliminated: it had been changed, but survived in a different form (2009 ONCA 814, 98 O.R. (3d) 81, at para. 26). The court ordered a new trial to proceed on the basis of s. 258(1) of the *Criminal Code* as amended.

## II. Analysis

[9] Whether the Amendments apply retrospectively has been a hotly contested issue. As MacPherson J.A. mentioned in the instant case, a large number of provincial and superior court judges across the country have expressed conflicting opinions in this regard.

[10] There are a number of rules of interpretation that can be helpful in identifying the situations to which new legislation applies. Because of the need for certainty as to the legal consequences that attach to past facts and conduct, courts have long recognized that the cases in which legislation has retrospective effect must be exceptional. More specifically, where legislative provisions affect either vested or substantive rights, retrospectivity has been found to be undesirable. New legislation that affects substantive rights will be presumed to have only prospective effect unless it is possible to discern a clear legislative intent that it is to apply retrospectively (*Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256, at pp. 266-67; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 57; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at pp. 331-32). However, new procedural legislation designed to govern only the manner in which rights are asserted or enforced does not affect the

défense de type *Carter*, qu'elles étaient des dispositions substantielles et non procédurales, et qu'elles ne s'appliquaient donc que pour l'avenir.

[8] La Cour d'appel a infirmé cette décision. Elle a jugé que les modifications portaient simplement sur la preuve et qu'elles s'appliquaient par conséquent au cas à l'étude. S'exprimant au nom de la cour, le juge MacPherson a dit être d'avis que la défense de type *Carter* n'avait pas été supprimée : elle avait été modifiée, mais elle continuait d'exister sous une forme différente (2009 ONCA 814, 98 O.R. (3d) 81, par. 26). La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur le fondement du par. 258(1) du *Code criminel* tel que modifié.

## II. Analyse

[9] L'application rétrospective des modifications en cause est une question très controversée. Comme le juge MacPherson l'a affirmé en l'espèce, de nombreux juges des cours provinciales et des cours supérieures dans tout le pays ont exprimé des opinions contradictoires à cet égard.

[10] Plusieurs règles d'interprétation peuvent aider à circonscrire les cas où une nouvelle mesure législative trouve application. Vu le besoin d'assurer la certitude des conséquences juridiques découlant des faits et des actes antérieurs, les tribunaux reconnaissent depuis longtemps le caractère exceptionnel des mesures législatives applicables rétrospectivement. Plus précisément, ils ont jugé indésirable l'application rétrospective de dispositions législatives portant atteinte à des droits acquis ou substantiels. Ainsi, une nouvelle mesure législative qui porte atteinte à de tels droits est présumée n'avoir d'effet que pour l'avenir, à moins qu'il soit possible de discerner une intention claire du législateur qu'elle s'applique rétrospectivement (*Angus c. Sun Alliance Compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256, p. 266-267; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 57; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, p. 331-332). Les nouvelles dispositions procédurales destinées à ne régir que la

substance of those rights. Such legislation is presumed to apply immediately to both pending and future cases (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at paras. 57 and 62; *Wildman*, at p. 331).

[11] Not all provisions dealing with procedure will have retrospective effect. Procedural provisions may, in their application, affect substantive rights. If they do, they are not purely procedural and do not apply immediately (P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 191). Thus, the key task in determining the temporal application of the Amendments at issue in the instant case lies not in labelling the provisions “procedural” or “substantive”, but in discerning whether they affect substantive rights.

[12] Moreover, a further factor may be relevant to the determination of whether the Amendments apply retrospectively. It is whether they require evidence that the accused had no reason to gather under the former legislation.

[13] It will be helpful to reproduce the relevant portions of the Amendments, which came into force while Mr. Dineley’s trial was under way:

**258.** (1) In any proceedings under subsection 255(1) in respect of an offence committed under section 253 or subsection 254(5) or in any proceedings under any of subsections 255(2) to (3.2),

. . .

(c) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if [list of conditions to be met],

evidence of the results of the analyses so made is conclusive proof that the concentration of alcohol in the accused’s blood both at the time when the analyses were made and at the time when the offence

manière utilisée pour établir ou faire respecter un droit n’ont pour leur part pas d’incidence sur le fond de ces droits. De telles mesures sont présumées s’appliquer immédiatement, à la fois aux instances en cours et aux instances à venir (*Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 57 et 62; *Wildman*, p. 331).

[11] Ce ne sont pas toutes les dispositions procédurales qui s’appliquent rétrospectivement. Certaines peuvent, dans leur application, porter atteinte à des droits substantiels. De telles dispositions ne sont pas purement procédurales et ne s’appliquent pas immédiatement (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009, p. 208). Par conséquent, la tâche qui s’impose pour statuer sur l’application dans le temps des modifications en cause consiste non pas à qualifier les dispositions de « dispositions procédurales » ou de « dispositions substantielles », mais à déterminer si elles portent atteinte à des droits substantiels.

[12] Un autre facteur peut être pertinent pour décider de l’application rétrospective ou non des modifications : il s’agit de la question de savoir si elles commandent la présentation d’éléments de preuve que l’accusé n’avait aucune raison de réunir sous le régime de l’ancienne mesure législative.

[13] Il convient de reproduire les parties pertinentes des modifications, qui sont entrées en vigueur durant le procès de M. Dineley :

**258.** (1) Dans des poursuites engagées en vertu du paragraphe 255(1) à l’égard d’une infraction prévue à l’article 253 ou au paragraphe 254(5) ou dans des poursuites engagées en vertu de l’un des paragraphes 255(2) à (3.2) :

. . .

c) lorsque des échantillons de l’haleine de l’accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), [conditions préalables à remplir]

la preuve des résultats des analyses fait foi de façon concluante, en l’absence de toute preuve tendant à démontrer à la fois que les résultats des analyses montrant une alcoolémie supérieure à quatre-vingts

was alleged to have been committed was, if the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, if the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses, in the absence of evidence tending to show all of the following three things — that the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly, that the malfunction or improper operation resulted in the determination that the concentration of alcohol in the accused's blood exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood, and that the concentration of alcohol in the accused's blood would not in fact have exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood at the time when the offence was alleged to have been committed;

(d.01) for greater certainty, evidence tending to show that an approved instrument was malfunctioning or was operated improperly, or that an analysis of a sample of the accused's blood was performed improperly, does not include evidence of

(i) the amount of alcohol that the accused consumed,

(ii) the rate at which the alcohol that the accused consumed would have been absorbed and eliminated by the accused's body, or

(iii) a calculation based on that evidence of what the concentration of alcohol in the accused's blood would have been at the time when the offence was alleged to have been committed;

(It should be noted that the temporal application of the second presumption of identity provided for in s. 258(1)(d.1) of the *Criminal Code* is not at issue in this case.)

[14] In *St-Onge Lamoureux*, I conclude that the first requirement that the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly, as set out in s. 258(1)(c) and qualified by s. 258(1)(d.01), infringes the right to be presumed innocent protected by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but that the infringement is justified under s. 1. I also find in that case that the other two requirements of s. 258(1)(c) — (1) that a causal connection be demonstrated between the malfunctioning or improper operation of the

milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang découlent du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé et que l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise ne dépassait pas quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, de l'alcoolémie de l'accusé tant au moment des analyses qu'à celui où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies :

d.01) il est entendu que ne constituent pas une preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé ou le fait que les analyses ont été effectuées incorrectement les éléments de preuve portant :

(i) soit sur la quantité d'alcool consommé par l'accusé,

(ii) soit sur le taux d'absorption ou d'élimination de l'alcool par son organisme,

(iii) soit sur le calcul, fondé sur ces éléments de preuve, de ce qu'aurait été son alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise;

(Je note que l'application dans le temps de la deuxième présomption d'identité prévue à l'al. 258(1)(d.1) du *Code criminel* n'est pas en cause dans la présente affaire.)

[14] Dans *St-Onge Lamoureux*, je conclus que la première exigence énoncée à l'al. 258(1)c) et précisée à l'al. 258(1)d.01) voulant que l'alcootest approuvé ait mal fonctionné ou ait été utilisé incorrectement porte atteinte au droit à la présomption d'innocence garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais que cette atteinte est justifiée au regard de l'article premier. Je conclus également dans cette affaire que les deux autres exigences de l'al. 258(1)c) — (1) la démonstration d'un lien de causalité entre le

instrument and the determination that the blood alcohol level of the accused exceeded the legal limit, and (2) that further evidence be submitted to demonstrate that the blood alcohol level of the accused did not exceed the legal limit — unjustifiably infringe s. 11(d) of the *Charter*. All the other constitutional challenges in that case are rejected. Since only the first requirement of s. 258(1)(c) survives the Court's decision in *St-Onge Lamoureux*, I will address the Amendments only as they stand following that decision.

[15] Although I will not engage in the impossible task of reconciling all the decisions in which the courts have grappled with whether new legislation affects substantive rights, references to a few cases will be helpful. The following statements of La Forest J. in *Angus*, at pp. 265-66, are particularly relevant to the issue before us:

Normally, rules of procedure do not affect the content or existence of an action or defence (or right, obligation, or whatever else is the subject of the legislation), but only the manner of its enforcement or use. . . .

Alteration of a “mode” of procedure in the conduct of a defence is a very different thing from the removal of the defence entirely. [Emphasis in original.]

[16] The fact that new legislation has an effect on the content or existence of a defence, as opposed to affecting only the manner in which it is presented, is an indication that substantive rights are affected. I cannot accept the approach adopted by the Court of Appeal in the instant case, according to which legislation that alters the evidentiary content of a defence applies retrospectively (para. 27).

[17] The first question is thus whether, in imposing a new requirement for rebutting the presumptions of accuracy and identity applicable to breathalyzer test results, Parliament has affected

mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest et le constat que l'alcoolémie de l'accusé dépasse la limite légale, et (2) la présentation d'éléments de preuve supplémentaires démontrant que l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas la limite légale — violent de façon injustifiée l'al. 11d) de la *Charte*. Toutes les autres contestations constitutionnelles soulevées dans cette affaire sont rejetées. Puisque seule la première exigence de l'al. 258(1)c survit à l'arrêt *St-Onge Lamoureux* de la Cour, je n'examinerai que les modifications telles qu'elles sont à la suite de cet arrêt.

[15] Même si je ne tenterai pas d'accomplir la tâche impossible de faire la synthèse de toute la jurisprudence dans laquelle les tribunaux se sont demandé si une nouvelle mesure législative porte atteinte à des droits substantiels, il est utile de mentionner quelques arrêts. Les propos tenus par le juge La Forest aux p. 265-266 de l'arrêt *Angus* sont particulièrement pertinents quant à la question dont notre Cour est saisie :

Normalement, les règles de procédure n'ont pas d'effet sur le contenu ou sur l'existence d'une action ou d'un moyen de défense (ou d'un droit, d'une obligation ou de quelque autre objet de la loi), mais seulement sur la manière de l'appliquer ou de l'utiliser. . .

Le changement d'un « mode » de procédure dans la production d'une défense est une chose très différente du retrait complet du moyen de défense. [Souligné dans l'original.]

[16] Le fait qu'une nouvelle mesure législative influe sur le contenu ou sur l'existence d'un moyen de défense, plutôt qu'uniquement sur sa présentation, indique que des droits substantiels sont en jeu. Je ne saurais accepter l'approche adoptée en l'espèce par la Cour d'appel pour qui une mesure législative modifiant le contenu d'un moyen de défense au chapitre de la preuve doit s'appliquer rétrospectivement (par. 27).

[17] La première question est donc de savoir si, en imposant une nouvelle exigence à satisfaire pour réfuter les présomptions d'exactitude et d'identité applicables aux résultats de l'alcootest, le législateur

the existence or content of a defence. As a result of the Amendments and the decision in *St-Onge Lamoureux*, the only evidence that can be tendered to raise a reasonable doubt about the reliability of breathalyzer test results is now evidence that the instrument was malfunctioning or was operated improperly. It is clear from s. 258(1)(d.01) that the *Carter* defence is no longer sufficient on its own to rebut the presumptions of accuracy and identity. The burden on the accused has thus been increased, as he or she can no longer ask the judge to draw an inference of malfunction or improper operation from indirect evidence by raising a *Carter* defence. Evidence related directly to the instrument itself is now required.

[18] The fact that the *Carter* defence is no longer sufficient on its own to rebut the presumptions established in s. 258(1)(c) makes it difficult to accept MacPherson J.A.'s opinion that the defence has not been eliminated, neutered or abolished and that it survives in a different form. In fact, this opinion is in sharp contrast with the very words of s. 258(1)(d.01), according to which "evidence tending to show that an approved instrument was malfunctioning or was operated improperly" does not include the evidence that would be tendered in raising the *Carter* defence. Unlike MacPherson J.A., I must conclude that the *Carter* defence has been eliminated as an independent means to raise a reasonable doubt about the reliability of breathalyzer test results. This, in my view, indicates that the provisions are not merely procedural; they affect a defence open to an accused and are therefore subject to the presumption against the retrospective application of new legislation. I agree with Mayrand J.A. in *R. v. Gervais* (1978), 43 C.C.C. (2d) 533 (Que. C.A.), that the right of an accused to rely on a defence is a substantive right and that new legislation has to be interpreted so as not to deprive the accused of a defence that would have been open to him or her at the time of the impugned act (p. 535).

a influé sur l'existence ou le contenu d'un moyen de défense. Étant donné les modifications et l'arrêt *St-Onge Lamoureux*, la seule preuve pouvant être produite pour soulever un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats de l'alcootest se limite désormais à celle du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'alcootest. Il ressort clairement de l'al. 258(1)d.01) que la défense de type *Carter* ne suffit plus, à elle seule, pour réfuter les présomptions d'exactitude et d'identité. Le fardeau de preuve qui repose sur l'accusé s'en trouve alourdi, celui-ci ne pouvant plus demander au juge, au moyen de la défense de type *Carter*, de conclure au mauvais fonctionnement ou à l'utilisation incorrecte de l'alcootest à partir d'une preuve indirecte. L'accusé doit dorénavant produire une preuve visant directement l'alcootest.

[18] Comme la défense de type *Carter* ne suffit plus, à elle seule, pour réfuter les présomptions prévues à l'al. 258(1)c), il est difficile d'accepter l'opinion du juge MacPherson que cette défense n'a pas été supprimée, neutralisée ou abolie, et qu'elle continue d'exister sous une forme différente. En fait, cette opinion contraste nettement avec le texte même de l'al. 258(1)d.01), selon lequel la preuve produite par l'accusé en invoquant la défense de type *Carter* ne constitue pas une « preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé ». Contrairement à l'opinion exprimée par le juge MacPherson, je dois conclure que la défense de type *Carter* a été supprimée comme moyen de défense susceptible de soulever, à lui seul, un doute raisonnable quant à la fiabilité des résultats de l'alcootest. À mon avis, cela indique que les dispositions ne sont pas simplement de nature procédurale; elles ont une incidence sur un moyen de défense dont dispose l'accusé et sont, par le fait même, assujetties à la présomption de non-rétrospectivité des nouvelles mesures législatives. Je partage l'avis du juge Mayrand lorsqu'il dit dans *R. c. Gervais*, [1978] J.Q. n° 181 (QL) (C.A.), que le droit d'un accusé d'invoquer un moyen de défense est de nature substantielle et qu'une nouvelle mesure législative doit être interprétée de façon à ne pas priver l'accusé d'un moyen de défense dont il disposait au moment où l'acte litigieux aurait été posé (par. 8-9).



[19] In *St-Onge Lamoureux*, I conclude that precluding the use of the *Carter* defence to raise on its own a doubt about the accuracy of breathalyzer test results does not violate s. 7 of the *Charter*. However, the fact that Parliament could exclude evidence of alcohol consumption does not change the fact that a defence which on its own enabled an accused to avert conviction has been eliminated.

[20] This brings me to my second reason for finding that the Amendments affect substantive rights of the accused. The broad scheme put in place by Parliament is based on presumptions that the results of the breathalyzer analyses are accurate and that they are identical to the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence. As discussed in *St-Onge Lamoureux*, at para. 27, these statutory presumptions infringe the constitutionally protected right to be presumed innocent, as they relieve the Crown of the requirement of proving the guilt of the accused beyond a reasonable doubt before he or she need to respond. The legislated means to rebut these presumptions are relevant to the determination of whether the infringement of the right to be presumed innocent is justified under s. 1. This is where the *Carter* defence comes into play. Under the former legislation, the *Carter* defence enabled the accused to discharge his or her burden of rebutting the statutory presumptions, which favour the Crown, by relying on an expert opinion that the amount of alcohol he or she consumed is inconsistent with the breathalyzer test results. As a result of the Amendments, this is no longer the case. Instead, the accused must now present direct evidence about the use or operation of the instrument in order to rebut the presumptions.

[21] The possibility for the accused of rebutting the statutory presumptions by means of a *Carter* defence (under the former legislation) or by adducing evidence related to the instrument (under the Amendments) is determinative of whether the infringement of the right to be presumed innocent is justified. However, the conclusion that the

[19] Dans *St-Onge Lamoureux*, je conclus que de priver une personne accusée du droit de recourir à la défense de type *Carter* comme moyen suffisant à lui seul pour mettre en doute la fiabilité des résultats de l'alcootest ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*. Cependant, la faculté du législateur d'exclure la preuve de consommation d'alcool ne change rien à la suppression d'un moyen de défense qui, à lui seul, permettait à un accusé d'éviter une déclaration de culpabilité.

[20] Cela m'amène à la deuxième raison pour laquelle j'estime que les modifications portent atteinte à des droits substantiels de l'accusé. Le régime général instauré par le législateur repose sur des présomptions voulant que les résultats des analyses soient exacts et correspondent à l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction reprochée aurait été commise. Comme l'illustre l'arrêt *St-Onge Lamoureux* au par. 27, ces présomptions légales portent atteinte à la présomption d'innocence garantie par la Constitution puisqu'elles libèrent le ministère public de l'obligation d'établir hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre. Les moyens légaux de repousser ces présomptions sont pertinents pour déterminer si l'atteinte au droit à la présomption d'innocence est justifiée au regard de l'article premier. C'est à cette étape qu'entre en jeu la défense de type *Carter*. Sous le régime des anciennes mesures législatives, la défense de type *Carter* permettait à l'accusé de s'acquitter de son fardeau de repousser les présomptions légales en faveur du ministère public en s'appuyant sur l'opinion d'un expert selon laquelle la quantité d'alcool qu'il avait bu n'était pas compatible avec les résultats de l'alcootest. Ce n'est plus le cas, par suite de l'adoption des modifications. Pour réfuter ces présomptions, l'accusé doit plutôt dorénavant présenter une preuve directe quant au fonctionnement ou à l'utilisation de l'alcootest.

[21] Le fait que l'accusé puisse réfuter les présomptions légales au moyen d'une défense de type *Carter* (sous le régime des anciennes mesures législatives) ou d'une preuve ciblant l'alcootest (selon les modifications) est déterminant lorsqu'il s'agit de décider si l'atteinte à la présomption d'innocence est justifiée. Toutefois, la conclusion selon laquelle

infringement is justified in the context of the new legislation does not alter the fact that constitutional rights are affected. This is a further indication that the new legislation affects substantive rights, since constitutional rights are necessarily substantive. When constitutional rights are affected, the general rule against the retrospective application of legislation should apply.

[22] In addition to the impact on the substantive rights of the accused, there is another reason why the Amendments should not be found to operate retrospectively. As a result of the Amendments, the evidence the accused may present to rebut the presumptions is limited to evidence that the instrument was malfunctioning or was operated improperly. The nature of that evidence is not defined in the Amendments, but it presumably has to relate to the instrument that was used to test the accused and not to the functioning of such instruments generally. This means that the accused may need to have access to information concerning the instrument used in his or her case or to operating records that would enable him or her to determine whether the instrument was functioning properly and was operated correctly. It is difficult to conceive how such an examination could take place months or even years after the tests were conducted. There is no indication that the instruments are isolated after being used in a given case. Parliament has not provided for the preservation of evidence for cases that began before the Amendments came into force.

[23] In *St-Onge Lamoureux*, one of the arguments put to the Court was that the Amendments violated the s. 7 rights of the accused because the defence required by the new legislation was so difficult to present that it was practically illusory. This argument was rejected on the basis that there are no limits on the evidence the accused can reasonably tender, provided that it relates to the malfunctioning or improper operation of the instrument. However, where, as in the case at bar, the parties did not know at the time of the breathalyzer tests that such a defence would be required, and years elapsed between the tests and the trial, it may be

l'atteinte est justifiée sous le régime des nouvelles mesures législatives ne change rien au fait qu'il a été porté atteinte à des droits constitutionnels. Il s'agit d'une indication supplémentaire que les nouvelles mesures législatives portent atteinte à des droits substantiels puisque les droits constitutionnels sont forcément de nature substantielle. Ainsi, la règle générale interdisant l'application rétrospective des mesures législatives devrait s'appliquer en cas d'atteinte à des droits constitutionnels.

[22] Outre l'incidence sur les droits substantiels de l'accusé, il existe une autre raison de ne pas conclure à l'application rétrospective des modifications. En raison de celles-ci, la preuve que l'accusé peut produire pour réfuter les présomptions se limite à celle du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'alcootest. Les modifications ne définissent pas la nature de cette preuve, mais elle doit vraisemblablement se rapporter à l'alcootest utilisé pour tester l'alcoolémie de l'accusé, et non au fonctionnement des alcootests en général. Cela signifie que l'accusé pourrait avoir besoin de renseignements sur l'alcootest utilisé dans son cas ou de comptes rendus d'utilisation qui lui permettraient d'établir si l'appareil a bien fonctionné ou a été utilisé correctement. On voit mal comment cet examen pourrait être effectué des mois, voire des années, après les analyses. Rien n'indique que les alcootests sont conservés isolément après leur utilisation dans un cas donné. Le législateur n'a pas prévu la conservation des éléments de preuve en vue des procès intentés avant l'entrée en vigueur des modifications.

[23] On a notamment soutenu dans *St-Onge Lamoureux* que les modifications violaient les droits garantis à l'accusé par l'art. 7 parce qu'il était tellement difficile de présenter le moyen de défense nécessaire par suite de l'adoption des nouvelles mesures législatives que cela le rendait pratiquement illusoire. Cet argument a été rejeté au motif que l'accusé peut raisonnablement produire tous les éléments de preuve qu'il veut, pourvu que ceux-ci aient trait au mauvais fonctionnement ou à l'utilisation incorrecte de l'alcootest. Cependant, dans les cas où, comme en l'espèce, les parties n'étaient pas conscientes, au moment des analyses, du besoin

impossible to present evidence to rebut the presumptions.

[24] There are similarities between the situation in the instant case and the one before the Court in *R. v. Ali*, [1980] 1 S.C.R. 221. In that case, amendments to the *Criminal Code* authorized the police to request more than one breath sample and made the taking of two samples a condition of application of the presumptions attached to breathalyzer test results. Because the former provision had not authorized the police to take two samples, prosecutions commenced before the new provision came into force would be frustrated by the new requirement if the amendments were held to apply retrospectively. The Court held that Parliament could not have intended such a result. Both in *Ali* and in the present case, Parliament added a requirement related to the evidence a party must adduce. In the case at bar, the new requirement is a condition for the rebuttal of the presumption provided for in s. 258(1)(c), whereas in *Ali* the new requirement was a condition for the application of the presumption.

[25] *Ali* supports the view that, where the former legislation did not contemplate the gathering of evidence that is required by the new legislation, the new legislation can only be prospective. In the instant case, the accused cannot adduce evidence that he had no reason to gather before the Amendments. This is an additional reason for concluding that the Amendments do not apply to cases that were commenced before the Amendments came into force. I therefore disagree with MacPherson J.A. that the difficulty for an accused of obtaining evidence on the functioning of the instrument used in his or her case after years have gone by is speculative. Rather, I agree with the following comment by Bich J.A. (dissenting) in *R. v. Loiseau*, 2010 QCCA 1872 (CanLII), at para. 56:

d'invoquer par la suite un tel moyen de défense, et où plusieurs années se sont écoulées entre les analyses et le procès, il pourrait s'avérer impossible de présenter des éléments de preuve pour réfuter les présomptions.

[24] La situation dans l'affaire qui nous occupe présente des similitudes avec celle dont la Cour était saisie dans *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221. Dans cette affaire, des modifications au *Code criminel* autorisaient les policiers à demander plus d'un échantillon d'haleine et avaient fait du prélèvement de deux échantillons une condition de l'application des présomptions liées aux résultats de l'alcootest. Puisque l'ancienne disposition n'autorisait pas les policiers à prélever deux échantillons, l'ajout de la nouvelle condition aurait entravé les poursuites engagées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition s'il avait été conclu à l'application rétrospective des modifications. La Cour a conclu que le législateur ne pouvait avoir souhaité un tel résultat. Tant dans l'affaire *Ali* que dans la présente affaire, le législateur a ajouté une exigence relative aux éléments de preuve qu'une partie doit produire. En l'espèce, la nouvelle exigence constitue une condition à remplir pour repousser la présomption établie à l'al. 258(1)c), tandis que, dans *Ali*, la nouvelle exigence était une condition additionnelle pour que s'applique la présomption.

[25] *Ali* étaye l'avis que, dans les cas où l'ancienne mesure législative n'envisage pas la collecte d'éléments de preuve devenue nécessaire en raison de la nouvelle disposition, celle-ci ne peut s'appliquer que pour l'avenir. En l'espèce, l'accusé ne peut présenter des éléments de preuve qu'il n'avait aucune raison de réunir avant l'entrée en vigueur des modifications. C'est là une raison de plus de conclure que les modifications ne s'appliquent pas aux instances introduites avant leur entrée en vigueur. Je ne partage donc pas l'avis du juge MacPherson selon lequel la difficulté que peut éprouver un accusé pour obtenir des éléments de preuve concernant le fonctionnement de l'alcootest utilisé dans son cas plusieurs années auparavant relève de l'hypothèse. Je suis plutôt d'accord avec le commentaire suivant formulé par la juge Bich (dissidente) dans *R. c. Loiseau*, 2010 QCCA 1872, [2010] R.J.Q. 2246, par. 56 :

[TRANSLATION] Because the law makes the requirements for the gathering of evidence more stringent and, due to the state of the law at the time, ensures that the accused will not have sought evidence that would now be indispensable to him to mount a defence, the amended provisions should not apply to this situation.

[26] For these reasons, I would allow the appeal and restore the acquittal entered by the trial judge.

The reasons of McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ. were delivered by

CROMWELL J. (dissenting) —

#### I. Introduction

[27] Section 253(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, makes it an offence to operate (or to have care and control of) a motor vehicle with a blood alcohol content of more than 80 mg of alcohol in 100 mL of blood. To facilitate proof of this offence, the Crown has for many years had the benefit of certain factual presumptions. These presumptions arise once it is proven that breath samples were taken and analyzed by a breathalyzer device in accordance with detailed statutory requirements. Putting aside some points of detail, one of these presumptions is that the readings obtained under the statutory conditions are accurate (the presumption of accuracy); another presumption is that the readings at the time of testing represent the accused's blood alcohol content at the time of the alleged offence (the presumption of identity).

[28] For many years, an accused could rebut these presumptions by pointing to any sort of evidence that would raise a reasonable doubt in the mind of the trier of fact about the existence of the presumed facts. However, in 2008, Parliament enacted the *Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6, which amends the *Criminal Code* by imposing some new rules about what sorts of evidence could be used to rebut these presumptions.

Devant une loi qui alourdit les exigences de la constitution de la preuve et fait en sorte que l'accusé n'aura pas recherché, à cause de l'état du droit à l'époque, des éléments qui lui seraient maintenant indispensables afin de faire valoir sa défense, il ne saurait y avoir application des dispositions modifiées à la présente situation.

[26] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittement prononcé par le juge du procès.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Cromwell rendus pas

LE JUGE CROMWELL (dissident) —

#### I. Introduction

[27] Selon l'alinéa 253(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, commet une infraction quiconque conduit (ou a la garde ou le contrôle d') un véhicule à moteur avec une alcoolémie supérieure à 80 mg d'alcool par 100 ml de sang. Pour faciliter la preuve de cette infraction, le ministère public bénéficie depuis de nombreuses années de certaines présomptions de fait. Ces présomptions entrent en jeu une fois qu'il est établi que les échantillons d'haleine ont été prélevés et analysés au moyen d'un alcootest, conformément aux exigences détaillées prescrites par la loi. Mis à part certains détails, l'une de ces présomptions veut que les résultats obtenus en conformité avec les conditions prévues par la loi soient exacts (la présomption d'exactitude); une autre présomption veut que les résultats obtenus au moment de l'analyse correspondent à l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction reprochée (la présomption d'identité).

[28] Pendant de nombreuses années, un accusé pouvait renverser ces présomptions en présentant toute espèce d'élément de preuve qui ferait naître un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à l'existence des faits présumés. Or, en 2008, le législateur a adopté la *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, ch. 6, qui a modifié le *Code criminel* en créant de nouvelles règles pour préciser quels types de preuve pouvaient être utilisés pour réfuter ces présomptions.

[29] The issue on the appeal is when these new evidentiary provisions apply. Do they apply, as the Court of Appeal held, to trials that are held on and after the day the new rules came into force, or, as the appellant contends, do they apply only to trials relating to events alleged to have occurred after they came into force?

[30] In my view, the holding of the Court of Appeal is correct and I would dismiss the appeal.

## II. Brief Overview of the Issue

[31] Before the 2008 amendments, the presumption of accuracy (and therefore also the presumption of identity) could be rebutted by any evidence that raised a reasonable doubt that the actual blood alcohol level at the time of testing was below 80 mg of alcohol per 100 mL of blood: see, e.g., *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089. The presumption of identity itself could be rebutted by evidence tending to show that the accused's blood alcohol level at the time of the offence and at the time of testing had changed, provided that the effect of normal biological processes of absorption and elimination could not, of itself, constitute rebutting evidence: *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791, at paras. 44 and 59-61.

[32] Often evidence to the contrary was offered in the form of "consumption and elimination" evidence — sometimes referred to as "*Carter*" evidence (*R. v. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174 (Ont. C.A.)). This typically consisted of evidence from the accused and perhaps other witnesses about how much the accused had to drink and when, as well as evidence from a toxicologist indicating that if the accused had consumed the amount claimed, his or her blood alcohol level at the time of the offence would have been below the legal limit. Sometimes the introduction of this evidence has been referred to as the "*Carter* defence", but it really is not a defence at all. It is simply the presentation of evidence that could be relied on to raise a doubt about whether the breathalyzer device had accurately determined the accused's blood alcohol content

[29] La question en l'espèce est de savoir dans quels cas s'appliquent ces nouvelles dispositions relatives à la preuve. S'appliquent-elles, comme l'a affirmé la Cour d'appel, aux procès tenus le ou après le jour de l'entrée en vigueur des nouvelles règles ou s'appliquent-elles, comme le prétend l'appelant, uniquement aux procès concernant des événements qui seraient survenus après leur entrée en vigueur?

[30] La décision de la Cour d'appel me semble correcte et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

## II. Aperçu de la question en litige

[31] Avant les modifications de 2008, la présomption d'exactitude (et aussi par le fait même la présomption d'identité) pouvait être réfutée par tout type d'éléments de preuve permettant de soulever un doute raisonnable quant au fait que l'alcoolémie réelle au moment de l'analyse était inférieure à 80 mg d'alcool par 100 ml de sang : voir, p. ex., *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089. La présomption d'identité elle-même pouvait être réfutée par une preuve tendant à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé avait changé entre le moment de l'infraction et celui de l'alcootest, à la condition que l'effet du processus biologique normal de l'absorption et l'élimination de l'alcool par le métabolisme ne puisse pas, en soi, constituer une contre-preuve : *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791, par. 44 et 59-61.

[32] On présentait souvent une preuve contraire sous forme de preuve de la « consommation et de l'élimination » de l'alcool — parfois appelée preuve de type « *Carter* » (*R. c. Carter* (1985), 19 C.C.C. (3d) 174 (C.A. Ont.)). Il s'agissait généralement de la déposition de l'accusé et peut-être aussi de celle d'autres témoins concernant la quantité d'alcool que l'accusé avait bu et le moment où il l'avait bu, de même que du témoignage d'un toxicologue selon lequel l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction aurait été inférieure à la limite légale si l'accusé avait consommé la quantité alléguée. La production de cette preuve a parfois été qualifiée de « défense de type *Carter* », mais, en fait, il ne s'agit aucunement d'un moyen de défense. Il s'agit simplement de la présentation d'éléments de preuve sur lesquels on peut se fonder

and whether that reading reflected the accused's blood alcohol content at the time of operation, care or control.

[33] The appellant in this case presented this sort of evidence and was acquitted at trial. The driving in question occurred before the 2008 amendments came into force, but his trial continued after they had. His breathalyzer readings were 99 and 97 mg of alcohol per 100 mL of blood and there was nothing to indicate that the device was operating improperly. However, the appellant testified that he had only had three beers over a roughly two-hour period and his toxicologist testified that if that were so, his blood alcohol level would have been between 0 and 40 at the time of testing and between 20 and 52 at the time of driving. The judge believed the appellant and found that he was not satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant's blood alcohol concentration at the time of driving exceeded 80.

[34] The 2008 amendments, if applied at the appellant's trial, would have limited in two respects the type of evidence that he could have relied on to rebut the presumptions of accuracy and identity. First, by virtue of the amended s. 258(1)(c), evidence to rebut the accuracy of the readings at the time of testing must raise a doubt with respect to whether the device malfunctioned or was improperly operated, about whether the malfunction or improper operation resulted in an over 80 reading and, as well, about whether the appellant's blood alcohol concentration at the time of driving was below 80 (these last two requirements have been eliminated in this Court's decision in *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187). Second, by virtue of the amended s. 258(1)(d.01), so-called *Carter* evidence cannot be relied on to raise a doubt about whether the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly. These amended provisions are based on the idea that breathalyzer results obtained in accordance with the statutory requirements should be taken to be accurate, absent evidence to think otherwise, and that *Carter* evidence is too unreliable

pour soulever un doute quant à l'exactitude de l'alcoolémie de l'accusé établie par l'alcootest et quant à la fidélité des résultats par rapport à son alcoolémie au moment où il conduisait le véhicule ou en avait la garde ou le contrôle.

[33] L'appellant, en l'espèce, a présenté ce type de preuve et a été acquitté au procès. L'incident en question est survenu avant l'entrée en vigueur des modifications de 2008, mais le procès de l'appellant s'est poursuivi après leur entrée en vigueur. Son alcoolémie avait été établie à 99 et à 97 mg d'alcool par 100 ml de sang et rien n'indiquait que l'appareil fonctionnait mal. L'appellant a toutefois affirmé n'avoir bu que trois bières durant une période d'environ deux heures et son toxicologue a témoigné que, si c'était le cas, son alcoolémie se serait située entre 0 et 40 au moment de l'analyse et entre 20 et 52 au moment de l'incident. Le juge a cru l'appellant et a conclu qu'il n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que l'alcoolémie de l'appellant au moment de l'incident dépassait 80.

[34] Si on avait appliqué les modifications de 2008 lors du procès de l'appellant, elles auraient limité doublement le type de preuve sur laquelle il aurait pu s'appuyer pour réfuter les présomptions d'exactitude et d'identité. Premièrement, selon l'al. 258(1)c) modifié, la preuve visant à réfuter l'exactitude des résultats au moment de l'analyse doit soulever un doute raisonnable quant à savoir si l'appareil a mal fonctionné ou a été utilisé incorrectement, si son mauvais fonctionnement ou son utilisation incorrecte a entraîné un résultat supérieur à 80, et si l'alcoolémie de l'appellant au moment de l'incident était inférieure à 80 (la Cour supprime ces deux dernières exigences dans son arrêt *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187). Deuxièmement, selon l'al. 258(1)d.01) modifié, la preuve dite de type *Carter* ne peut être invoquée pour soulever un doute quant au mauvais fonctionnement ou à l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé. Ces dispositions modifiées reposent sur l'idée que les résultats de l'alcootest obtenus conformément aux exigences prévues par la loi doivent être tenus pour exacts, en l'absence de preuve donnant à penser le contraire, et que

to be admitted to cast doubt on the accuracy of such readings. These ideas find impressive support in the scientific literature. The amended provisions, in effect, define what types of evidence are *not* sufficiently probative to be used to undermine the accuracy of the breathalyzer readings.

[35] There are three principles of statutory interpretation that are potentially relevant to the issue of when the 2008 amendments apply. The question is which of these principles governs in this case. One principle is that the legislature is presumed not to intend legislation to change the legal character or consequences of actions that occurred before its enactment. Another is that the legislature is presumed not to intend to interfere with vested rights. A third is that the legislature intends an enactment dealing with exclusively procedural matters, including matters of evidence, to apply immediately to all proceedings, whether commenced before or after the enactment comes into force. These are all principles of interpretation and yield to clear statutory language to the contrary.

[36] The appellant's position is that the first principle applies. He submits that the amended provisions are not simply matters of procedure but affect the content of a defence to the charge. Alternatively, the appellant's position is that even if the amended provisions are procedural, Parliament did not intend them to apply to trials arising out of past events and therefore the operation of the third principle of interpretation is ousted by clear parliamentary intent. The Crown on the other hand supports the conclusion of the Court of Appeal that the third principle applies because the amended provisions are procedural in nature.

[37] To resolve the appeal, we must answer two questions:

1. Are the amended provisions procedural in nature so that they are presumed to apply to all

la preuve de type *Carter* est trop peu fiable pour être admise en vue de mettre en doute l'exactitude de ces résultats. L'idée en question est largement reconnue dans la documentation scientifique. Les dispositions modifiées indiquent en fait quels types de preuve *n'ont pas* une force probante suffisante pour qu'on les utilise en vue de mettre en doute l'exactitude des résultats de l'alcootest.

[35] Trois principes d'interprétation des lois peuvent être pertinents pour déterminer dans quels cas s'appliquent les modifications de 2008. Il faut d'abord décider lequel de ces principes est applicable en l'espèce. Selon le premier d'entre eux, le législateur est présumé ne pas souhaiter que la loi modifie la nature ou les conséquences juridiques des actes commis avant son adoption. Selon le deuxième principe, le législateur est présumé ne pas avoir l'intention de porter atteinte à des droits acquis. Selon le troisième, le législateur souhaite qu'un texte portant exclusivement sur des questions de procédure, y compris de preuve, s'applique immédiatement à toutes les instances, que celles-ci aient été engagées avant ou après l'entrée en vigueur du texte. Ce sont tous des principes d'interprétation subordonnés à des dispositions législatives claires à l'effet contraire.

[36] L'appelant soutient que le premier principe s'applique en l'espèce. Selon lui, les dispositions modifiées ne relèvent pas simplement de la procédure : elles ont une incidence sur le contenu d'un moyen de défense contre l'accusation. L'appelant soutient subsidiairement que, même si les dispositions modifiées sont de nature procédurale, le législateur ne voulait pas qu'elles s'appliquent aux procès résultant d'événements antérieurs. Ainsi, pour l'appelant, l'application du troisième principe d'interprétation est écartée par l'intention claire du législateur. Pour sa part, le ministère public appuie la conclusion de la Cour d'appel que le troisième principe s'applique parce que les dispositions modifiées sont de nature procédurale.

[37] Pour trancher l'appel, nous devons répondre à deux questions :

1. Les dispositions modifiées sont-elles de nature procédurale, de sorte qu'elles sont présumées

trials occurring or continuing after they came into force?

2. If so, is this presumption rebutted by an indication of legislative intent that they should not so apply?

[38] I will address these two questions in turn, after a brief account of the facts and proceedings.

### III. Facts and Proceedings

[39] In the early hours of July 22, 2007, after a night spent with friends at a nightclub, the appellant, Samuel Dineley, drove his parents' car into a parked vehicle. Police administered two breath tests, which revealed blood alcohol concentrations of 99 and 97 mg in 100 mL of blood. The administration of the tests was videotaped. The appellant was charged with impaired driving and driving over 80 mg under s. 253(1)(a) and (b) of the *Criminal Code*.

[40] His trial before a provincial court judge began on June 19, 2008, and the Crown completed its case on that day. However, the trial was adjourned to July 15 so that the Crown would be able to cross-examine the appellant's toxicologist. On July 2, that is between the trial's adjournment and continuation, the 2008 amendments came into force. These had the effect of rendering the appellant's expert evidence incapable of rebutting the presumptions set up in s. 258(1)(c). The Crown argued that the newly amended s. 258(1) applied immediately to all s. 253 offences, regardless of the timing of their underlying facts. The trial judge did not decide the issue, and instead decided that it was improper for the Crown to attempt to rely on the new amendments when the trial resumed. After the trial's resumption, the trial judge found the appellant not guilty.

[41] On a summary conviction appeal, a judge of the Ontario Superior Court of Justice found the

s'appliquer à tous les procès qui ont lieu ou qui se poursuivent après leur entrée en vigueur?

2. Si oui, cette présomption est-elle réfutée par une indication que le législateur ne souhaite pas qu'elles soient appliquées de la sorte?

[38] J'examinerai successivement ces deux questions après avoir donné un aperçu des faits et des procédures.

### III. Les faits et les procédures

[39] Le 22 juillet 2007 au petit matin, l'appellant, Samuel Dineley, au volant de la voiture de ses parents, a heurté un véhicule stationné après avoir passé la nuit avec des amis dans une boîte de nuit. Les policiers lui ont fait subir deux alcootests qui ont indiqué respectivement que son alcoolémie atteignait 99 et 97 mg d'alcool par 100 ml de sang. L'administration des alcootests a été enregistrée sur bande vidéo. L'appellant a été inculpé, en vertu des al. 253(1)a) et b) du *Code criminel*, de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie dépassant 80.

[40] Son procès devant un juge de la cour provinciale a commencé le 19 juin 2008. Le ministère public a terminé la présentation de sa preuve le jour même. Le procès a cependant été ajourné au 15 juillet pour permettre au ministère public de contre-interroger le toxicologue de l'appellant. Or, les modifications de 2008 sont entrées en vigueur le 2 juillet, c'est-à-dire entre l'ajournement du procès et sa reprise. Elles ont eu pour effet d'empêcher que la preuve d'expert produite par l'appellant puisse réfuter les présomptions établies à l'al. 258(1)c). Le ministère public a fait valoir que le par. 258(1) récemment modifié s'appliquait sur-le-champ à toutes les infractions visées à l'art. 253, peu importe le moment où étaient survenus les faits dont elles découlaient. Le juge du procès n'a pas tranché la question, décidant plutôt, d'une part, qu'il était inapproprié que le ministère public tente d'invoquer les récentes modifications à la reprise du procès et, d'autre part, qu'il reconnaissait l'appellant non coupable.

[41] En appel de la déclaration de culpabilité par procédure sommaire, un juge de la Cour supérieure



2008 amendments to be substantive in nature, and so subject to the presumption against the alteration of the legal character or consequences of past actions. In his view, the amended provisions applied only to offences alleged to have been committed after they came into force, and so did not apply to the charges against the appellant: (2009), 86 M.V.R. (5th) 34. (I should add that the judge concluded that it had not been improper for the Crown to attempt to rely on the new amendments when the trial resumed. The appellant did not contest that conclusion in the Court of Appeal or in this Court.)

[42] The Ontario Court of Appeal reversed this decision, and sent the matter back for a new trial to be conducted on the basis that the new version of s. 258(1) applied to the appellant's case: 2009 ONCA 814, 98 O.R. (3d) 81. The court held that the amended provisions were procedural in nature and therefore applied to all trials occurring after they came into force.

#### IV. Analysis

[43] I will first give a brief outline of the interpretive principles relevant to this case. I will then explain that the 2008 amendments at issue are purely procedural. It follows that at the moment of their coming into force, they became applicable to all s. 253(1) charges, including those against the appellant, regardless of the timing of those charges' underlying facts. I will then set out my reasons for concluding that the presumption of immediate application is not rebutted by clear legislative intent to the contrary.

##### A. *The Presumptions of Legislative Intent*

[44] Statutory interpretation aims to ascertain legislative intent, which is "a shorthand reference to the intention which the court reasonably imputes to Parliament in respect of the language used": *R. v. Secretary of State for the Environment, Transport*

de justice de l'Ontario a conclu que les modifications de 2008 sont de nature substantielle et assujetties par le fait même à la présomption de non-modification de la nature ou des conséquences juridiques des actes antérieurs. À son avis, les dispositions modifiées ne s'appliquent qu'aux infractions qui auraient été commises après leur entrée en vigueur, et ne s'appliquent donc pas aux accusations portées contre l'appelant : (2009), 86 M.V.R. (5th) 34. (Je devrais ajouter que, selon le juge, il n'était pas inapproprié pour le ministère public d'essayer d'invoquer les récentes modifications à la reprise du procès. L'appelant n'a contesté cette conclusion ni devant la Cour d'appel, ni devant la Cour.)

[42] La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé cette décision et ordonné qu'un nouveau procès soit tenu en partant du principe que le nouveau par. 258(1) s'appliquait à l'appelant : 2009 ONCA 814, 98 O.R. (3d) 81. La Cour d'appel a qualifié les dispositions modifiées de procédurales et en a conclu qu'elles s'appliquent à tous les procès tenus après leur entrée en vigueur.

#### IV. Analyse

[43] Je vais d'abord exposer brièvement les principes d'interprétation pertinents en l'espèce. J'expliquerai ensuite que les modifications de 2008 en cause sont purement procédurales. Il s'ensuit que, au moment de leur entrée en vigueur, elles sont devenues applicables à toutes les accusations portées en vertu du par. 253(1), y compris à celles déposées contre l'appelant, peu importe le moment où sont survenus les faits à l'origine de ces accusations. Je motiverai ensuite ma conclusion selon laquelle la présomption d'application immédiate n'est pas réfutée par une intention claire du législateur qu'il en soit autrement.

##### A. *Les présomptions portant sur l'intention du législateur*

[44] L'interprétation des lois vise à découvrir l'intention du législateur, qui [TRADUCTION] « désigne de façon abrégée l'intention que le tribunal prête raisonnablement au législateur à l'égard des termes employés » : *R. c. Secretary of State for the*

and the Regions, *Ex parte Spath Holme Ltd.*, [2001] 2 A.C. 349 (H.L.), at p. 396; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, at para. 26. The courts ascertain legislative intent by reading legislative language in context and in its grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and purpose of the legislation at issue: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306, at para. 27. When the legislator's words permit it, the courts will take the legislature not to have intended to work injustice or unfairness. The presumptions against the alteration of the legal character or consequences of past acts and against the interference with vested rights, as well as the presumption supporting the immediate application of purely procedural changes, are all manifestations of this posture of respect.

[45] Under the first of these presumptions, the court presumes that the legislature did not intend to change the legal character or consequences of actions that occurred before the legislation in question came into effect: *West v. Gwynne*, [1911] 2 Ch. 1 (C.A.), at pp. 11-12; *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256, at p. 262; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at para. 118. Under the second, the court presumes that the legislature did not intend to interfere with vested rights that came into being before the legislation came into effect: *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629, at p. 638; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at p. 282; *Dikranian v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 73, [2005] 3 S.C.R. 530, at paras. 32-36.

[46] These two presumptions of legislative intent are closely related. Both aim to protect parties' reliance on the law as it was at the time of acting: *Angus*, at p. 268-69; *Ciecierski v. Fenning*, 2005 MBCA 52, 195 Man. R. (2d) 272, at para. 29; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413. Despite the presumptions' similar motivating concerns, this Court has consistently considered them to be distinct: *Gustavson Drilling (1964) Ltd.*, at pp. 279-83; *Attorney General of Quebec*

*Environment, Transport and the Regions, Ex parte Spath Holme Ltd.*, [2001] 2 A.C. 349 (H.L.), p. 396; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, par. 26. Les tribunaux découvrent l'intention du législateur en lisant le texte de la loi dans son contexte et en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit et l'objet de la loi en cause : *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306, par. 27. Quand les termes employés par le législateur le permettent, les tribunaux supposent qu'il ne voulait pas créer une injustice ou une iniquité. Les présomptions de non-modification de la nature ou des conséquences juridiques des actes antérieurs et de non-atteinte aux droits acquis ainsi que la présomption d'application immédiate des modifications purement procédurales témoignent toutes de cette attitude de respect.

[45] Selon la première de ces présomptions, le tribunal présume que le législateur ne voulait pas modifier la nature ou les conséquences juridiques des actes posés avant l'entrée en vigueur de la loi en question : *West c. Gwynne*, [1911] 2 Ch. 1 (C.A.), p. 11-12; *Angus c. Sun Alliance Compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256, p. 262; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 118. D'après la deuxième, le tribunal présume que le législateur ne voulait pas porter atteinte aux droits acquis ayant pris naissance avant l'entrée en vigueur de la loi : *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629, p. 638; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, p. 282; *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 73, [2005] 3 R.C.S. 530, par. 32-36.

[46] Ces deux présomptions portant sur l'intention du législateur sont étroitement liées et visent toutes deux à protéger le droit des parties de s'appuyer sur l'état du droit au moment des actes : *Angus*, p. 268-269; *Ciecierski c. Fenning*, 2005 MBCA 52, 195 Man. R. (2d) 272, par. 29; *Upper Canada College c. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413. Bien que les présomptions reposent sur les mêmes préoccupations, la Cour a toujours considéré qu'elles étaient distinctes : *Gustavson Drilling (1964)*

*v. Expropriation Tribunal*, [1986] 1 S.C.R. 732, at pp. 741-47; *Venne v. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 880, at pp. 906-7; *Dikranian*, at paras. 29-31. However, this case does not require an examination of the nice distinctions between them.

[47] This is because neither presumption of legislative intent operates with respect to purely procedural law. And so the third presumption is that, in the absence of legislative indication to the contrary, procedural law is presumed to operate from the moment of its enactment, regardless of the timing of the facts underlying a particular case: *Wright v. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94, at p. 96, quoted with approval in *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 62.

[48] The significance of the distinction between substantive and procedural provisions for statutory interpretation is reflected in the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21. On the one hand, proceedings commenced under a now-repealed provision are to continue under the procedures set out in the new provisions. On the other, the repeal of an enactment does not affect any right acquired under it. I will briefly describe the relevant provisions.

[49] The first is s. 44. It provides that where a former enactment is repealed and a new enactment is substituted for it, proceedings taken under the former enactment are to be continued in conformity with the new enactment. It further provides that “the procedure established by the new enactment shall be followed as far as it can be adapted thereto . . . in the enforcement of rights, existing or accruing under the former enactment, and . . . in a proceeding in relation to matters that have happened before the repeal”: s. 44(c) and (d)(ii) and (iii). As Professor Sullivan puts it, “[t]hese provisions call for the immediate application of new procedural law to all actions, including those that were pending when the legislation came into

*Ltd.*, p. 279-283; *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*, [1986] 1 R.C.S. 732, p. 741-747; *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 880, p. 906-907; *Dikranian*, par. 29-31. Il n'est toutefois pas nécessaire en l'espèce d'examiner les subtilités qui les distinguent.

[47] Il en est ainsi parce qu'aucune de ces présomptions portant sur l'intention du législateur ne s'applique quant au droit purement procédural. Par conséquent, la troisième présomption veut qu'en l'absence d'une indication contraire du législateur, une loi de nature procédurale soit réputée s'appliquer à compter de son adoption, peu importe le moment où surviennent les faits à l'origine d'une affaire donnée : *Wright c. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94, p. 96, cité avec approbation dans *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 62.

[48] L'importance que revêt la distinction entre les dispositions de fond et celles de procédure pour l'interprétation des lois ressort de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21. D'une part, les instances engagées sous le régime d'une disposition maintenant abrogée doivent se poursuivre sous le régime de la procédure prévue par les nouvelles dispositions. D'autre part, l'abrogation d'un texte ne porte atteinte à aucun droit acquis en vertu de ce texte. Je vais décrire brièvement les dispositions pertinentes.

[49] La première est l'art. 44 qui prévoit que, en cas d'abrogation et de remplacement d'un texte, les procédures engagées sous le régime du texte antérieur se poursuivent conformément au nouveau texte. Il prévoit en outre que « la procédure établie par le nouveau texte doit être suivie, dans la mesure où l'adaptation en est possible [. . .] pour l'exercice des droits acquis sous le régime du texte antérieur, [et] dans toute affaire se rapportant à des faits survenus avant l'abrogation » : al. 44c) et sous-al. 44d)(ii) et (iii). Comme le dit le professeur Sullivan, [TRADUCTION] « ces dispositions prévoient l'application immédiate des nouvelles règles procédurales à toutes les instances, notamment celles en cours au moment de l'entrée en vigueur de

force”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 698.

[50] The second provision is s. 43. It provides that the repeal of an enactment does not affect any “right, privilege, obligation or liability acquired, accrued, accruing or incurred” under it: s. 43(c). As Professor Sullivan puts it, the repeal does not destroy any right or liability arising under the repealed enactment, i.e. “the repealed law continues to apply to pre-repeal facts for most purposes as if it were still good law” (p. 708).

[51] Professor Sullivan sums up the cumulative effect of these two provisions as follows: “. . . the application of new substantive law is delayed by the survival of repealed law [but] the application of new procedural law is not” (p. 698).

#### B. *Substantive and Procedural Law*

[52] The question is how to determine whether an enactment is substantive or procedural. A provision is substantive if it alters the legal effect of a transaction, or if it interferes with vested rights. While there have been many attempts to define what sorts of provisions interfere with substantive or vested rights, a good starting point is the statement of Duff J. in *Upper Canada College*, at p. 417, citing with approval *Moon v. Durden*, [1848] 2 Ex. 22, 154 E.R. 389, *per* Rolfe B. (at p. 396) and *per* Parke B. (at p. 398): “. . . it would not only be widely inconvenient but ‘a flagrant violation of natural justice’ to deprive people of rights acquired by transactions perfectly valid and regular according to the law of the time” (emphasis added). The same point is captured by the idea that a provision affects substantive or vested rights if “an act legal at the time of doing it should be made unlawful by some new enactment”: *Midland Railway Co. v. Pye* (1861), 10 C.B. (N.S.) 179, 142 E.R. 419, at p. 424, cited with approval by Duff J. in *Upper Canada College*, at p. 419. Yet another way of putting it is to ask whether, if applied, the provision “would impair existing rights and obligations”: *Yew Bon Tew v. Kenderaan Bas Mara*, [1983] 1 A.C. 553 (P.C.),

la loi » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 698.

[50] La deuxième est l’art. 43 qui prévoit que l’abrogation d’un texte ne porte pas atteinte aux « droits ou avantages acquis, aux obligations contractées ou aux responsabilités encourues » sous le régime du texte abrogé : al. 43c). Comme le dit le professeur Sullivan, l’abrogation ne supprime aucun droit ou aucune responsabilité qui découle du texte abrogé; c’est-à-dire que [TRADUCTION] « la loi abrogée continue de s’appliquer aux faits antérieurs à son abrogation dans la plupart des cas comme si elle était toujours en vigueur » (p. 708).

[51] Le professeur Sullivan résume ainsi l’effet cumulatif de ces deux dispositions : [TRADUCTION] « . . . le maintien en vigueur de la loi abrogée retarde l’application d’une nouvelle loi portant sur le fond, [mais] non celle d’une nouvelle loi de nature procédurale » (p. 698).

#### B. *Droit substantiel et droit procédural*

[52] Il s’agit donc de savoir comment décider si un texte législatif est de nature substantielle ou procédurale. Une disposition porte sur le fond si elle modifie l’effet juridique d’une opération ou porte atteinte à des droits acquis. Bien qu’on ait tenté à maintes reprises de déterminer quels types de disposition portent atteinte aux droits substantiels ou acquis, il convient de prendre comme point de départ l’affirmation faite dans *Moon c. Durden*, [1848] 2 Ex. 22, 154 E.R. 389, par le baron Rolfe (p. 396) et le baron Parke (p. 398) et citée avec approbation par le juge Duff dans *Upper Canada College*, p. 417 : [TRADUCTION] « . . . non seulement il serait extrêmement inopportun de priver des gens de droits acquis lors d’opérations parfaitement valides et régulières au regard du droit alors applicable, mais il s’agirait d’une “violation flagrante de la justice naturelle” » (je souligne). Ce point de vue est aussi exprimé par l’idée qu’une disposition porte atteinte à des droits substantiels ou acquis si [TRADUCTION] « un acte légal au moment de sa perpétration devient illégal en raison d’un quelconque nouveau texte » : *Midland Railway Co. c. Pye* (1861), 10 C.B. (N.S.) 179, 142 E.R. 419, p. 424, cité avec approbation par le juge Duff dans *Upper Canada College*, p. 419.

at p. 563, approved in *Martin v. Perrie*, [1986] 1 S.C.R. 41, at pp. 48-49. Most recently, the Court accepted that a vested right is one that results from a legal situation that is tangible, concrete and sufficiently constituted at the time of the enactment of the new provision: *Dikranian*, at para. 37.

[53] Procedural provisions, on the other hand, “gover[n] the methods by which facts are proven and legal consequences are established in any type of proceedings”: Sullivan, at p. 698; they relate only to the method of conducting litigation, not to the removal of rights of action or defences: *Upper Canada College*, at p. 442, per Anglin J.; *Angus*, at p. 265. Included among such provisions are legislative prescriptions of “what evidence must be produced to prove particular facts”: *Wright*, at p. 95, per Pollock C.B., approved in *The Ydun*, [1899] P. 236 (C.A.), at p. 245, per Smith L.J. and in *Upper Canada College*, at p. 444, per Anglin J.; see also *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at para. 57.

[54] Underlying the distinction between substantive rights and matters of procedure is the idea that a change in procedure does not deprive anyone of rights acquired by transactions perfectly valid and regular according to the law at the time they were undertaken: *Upper Canada College*, at p. 417, per Duff J. In *Upper Canada College*, at p. 423, Duff J. quoted with approval the words of Mellish L.J. in *Republic of Costa Rica v. Erlanger*, [1876] 3 Ch. D. 62 (C.A.), at p. 69: “No suitor has any vested interest in the course of procedure, nor any right to complain if during the litigation the procedure is changed, provided, of course, that no injustice is done.” Sometimes, the test is expressed negatively: a provision is not procedural if it “creates or impinges upon substantive or vested rights”: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at para. 57.

Autrement dit, il faut se demander si l’application de la disposition [TRADUCTION] « porterait atteinte aux droits et aux obligations existants » : *Yew Bon Tew c. Kenderaan Bas Mara*, [1983] 1 A.C. 553 (C.P), p. 563, cité avec approbation dans *Martin c. Perrie*, [1986] 1 R.C.S. 41, p. 48-49. Plus récemment, la Cour a reconnu qu’un droit acquis résulte d’une situation juridique individualisée, concrète et constituée au moment de l’adoption de la nouvelle disposition : *Dikranian*, par. 37.

[53] Pour leur part, les dispositions procédurales [TRADUCTION] « régi[ssent] les moyens de prouver des faits et d’établir des conséquences juridiques dans tout genre d’instance » : Sullivan, p. 698. Elles ne touchent qu’au moyen de conduire un litige, et non au retrait de droits d’action ou de moyens de défense : *Upper Canada College*, p. 442, le juge Anglin; *Angus*, p. 265. Au nombre des dispositions de ce genre figurent les prescriptions législatives indiquant [TRADUCTION] « quelle preuve doit être produite pour établir des faits précis » : *Wright*, p. 95, le baron en chef Pollock, approuvé par *The Ydun*, [1899] P. 236 (C.A.), p. 245, le lord Smith, et dans *Upper Canada College*, p. 444, le juge Anglin; voir aussi *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 57.

[54] La distinction entre les droits substantiels et les questions de procédure repose sur l’idée qu’un changement d’ordre procédural ne prive personne de droits acquis lors d’opérations parfaitement valides et régulières au regard du droit applicable au moment de leur conclusion : *Upper Canada College*, p. 417, le juge Duff. Le juge Duff a cité, dans cet arrêt à la p. 423, en les approuvant, les propos suivants tenus par le lord juge Mellish dans *Republic of Costa Rica c. Erlanger*, [1876] 3 Ch. D. 62 (C.A.), p. 69 : [TRADUCTION] « Aucun plaideur n’a de droit acquis quant à la façon de procéder, ni le droit de se plaindre en cas de modification de la procédure au cours d’un litige, pour autant, bien entendu, que cette modification n’entraîne pas d’injustice ». Ce test est parfois formulé sous une forme négative : une disposition n’est pas de nature procédurale si elle « crée des droits substantiels ou acquis, ou empiète sur ces droits » : *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 57.

[55] A key point arising from the jurisprudence is that the courts do not classify a provision as substantive or procedural by looking simply at its form, but also at its function and effect: *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403; *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155; *Yew Bon Tew*, at p. 563; *Angus*, at p. 265. This applies to rules of evidence as much as it does to other procedural provisions. If a rule of evidence “either creates or impinges upon substantive or vested rights, its effects are not exclusively procedural and it will not have immediate effect”: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at para. 57. It will be helpful to review a few examples from the Court’s jurisprudence. I will begin with three cases that deal with the substantive/procedural distinction in more general terms.

[56] *Upper Canada College* is a good early example of a functional analysis. In issue in that case was a provision preventing the bringing of an action for payment of a commission for the sale of real property unless the agreement on which the action was based was in writing and signed by the party to be charged. The question was whether this provision applied to actions on oral contracts for commissions entered into before the provision came into force. It was argued that it did because the provision was purely procedural: it did not take away the right but simply the procedure for enforcing it. The majority of the Court rejected this argument and held that the provision did not apply to contracts entered into before the provision was enacted. The Court looked to the effect of the provision rather than simply to its form. While in form, the provision related to the legal remedy available, in effect, the provision “abrogat[ed] a right of action which otherwise a party to a contract might have asserted” and therefore should be seen as “prejudicially affecting an ‘existing legal right or status’”: p. 431, *per* Duff J.

[57] *Angus* provides another good example of the focus on function over form. The question there

[55] Il ressort notamment de la jurisprudence que les tribunaux ne déterminent pas qu’une disposition est de nature substantielle ou de nature procédurale en examinant simplement sa forme; ils en analysent aussi la fonction et l’effet : *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403; *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155; *Yew Bon Tew*, p. 563; *Angus*, p. 265. Cela vaut autant pour les règles de preuve que pour les autres dispositions procédurales. Si une règle de preuve « crée des droits substantiels ou acquis, ou empiète sur ces droits, elle n’a pas une incidence strictement procédurale et elle ne prend pas effet immédiatement » : *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 57. Il est utile de revenir sur quelques exemples tirés de la jurisprudence de la Cour. J’étudierai d’abord trois arrêts qui portent de façon plus générale sur la distinction entre le fond et la procédure.

[56] *Upper Canada College* est un bon exemple d’arrêt ancien où la Cour a procédé à une analyse fonctionnelle. Il y était question d’une disposition interdisant d’intenter une action en paiement d’une commission sur la vente d’un immeuble, à moins que l’entente sur laquelle se fondait l’action ait été faite par écrit et signée par la partie visée. Il s’agissait de savoir si cette disposition s’appliquait aux actions visant les contrats oraux de commission conclus avant son entrée en vigueur. On a fait valoir qu’il fallait répondre par l’affirmative à cette question parce que la disposition était purement procédurale : elle écartait non pas le droit, mais seulement la procédure d’exercice de ce droit. La Cour à la majorité a rejeté cet argument et décidé que la disposition ne s’appliquait pas aux contrats conclus avant son adoption. La Cour a examiné l’effet de la disposition, et non pas simplement sa forme. Bien que la disposition se soit rapportée en apparence au recours judiciaire possible, elle [TRADUCTION] « annulait [en fait] un droit d’action qu’une partie à un contrat aurait pu autrement faire valoir » et il fallait donc la considérer comme « portant atteinte à un “droit ou à un statut conféré par la loi” » : p. 431, le juge Duff.

[57] L’arrêt *Angus* illustre également bien l’accent mis sur la fonction plutôt que sur la forme. Dans

was whether legislation abolishing spousal immunity in tort should be applied to allegedly tortious conduct occurring before its enactment.

[58] The Court answered this question in the negative and characterized the provisions as dealing with substantive rights. La Forest J. for the Court stated, at p. 265, that “[n]ormally, rules of procedure do not affect the content or existence of an action or defence (or right, obligation, or whatever else is the subject of the legislation), but only the manner of its enforcement or use” (emphasis in original). As he noted, it was difficult to see how the provisions in issue affected procedure at all (p. 265). They did not regulate what evidence was or was not admissible or what fact should be presumed upon proof of other facts. Rather, the provisions did away with what at the time of the conduct in question had been a complete exemption from tort liability.

[59] In *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, the question was whether new provisions of the *Criminal Code* permitting judicial investigative hearings, under which a person could be ordered to attend and compelled to answer questions, could be invoked in relation to events that occurred prior to their enactment. The Court concluded that the provisions did apply because they were exclusively procedural in nature (para. 61). As Iacobucci and Arbour JJ. put it, at para. 60, “while the judicial investigative hearing may generate information pertaining to an offence . . . the hearing itself remains procedural. In the manner of other procedural tools such as DNA and wire-tap authorizations, s. 83.28 provides a mechanism for the gathering of information and evidence in the ongoing investigation of past, present, and future offences.” In other words, the appellant did not have a substantive right not to be examined in accordance with this procedure (para. 66).

cette affaire, il s’agissait de savoir si la loi abolissant l’immunité des époux en matière délictuelle devait s’appliquer aux actes prétendument délictueux commis avant son adoption.

[58] La Cour a répondu à cette question par la négative et déclaré que les dispositions traitaient de droits substantiels. Le juge La Forest a affirmé au nom de la Cour, aux p. 265-266, que « [n]ormalement, les règles de procédure n’ont pas d’effet sur le contenu ou sur l’existence d’une action ou d’un moyen de défense (ou d’un droit, d’une obligation ou de quelque autre objet de la loi), mais seulement sur la manière de l’appliquer ou de l’utiliser » (souligné dans l’original). Comme l’a fait remarquer le juge La Forest, il était difficile de voir de quelle façon la procédure était touchée par les dispositions en question (p. 265). Les dispositions ne réglementaient ni les éléments de preuve admissibles ou non, ni les faits dont il faut présumer l’existence lorsque d’autres faits sont établis. Elles ont plutôt écarté ce qui constituait une exemption complète de responsabilité civile délictuelle au moment de la conduite en question.

[59] L’arrêt *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)* portait, pour sa part, sur la question de savoir s’il était possible d’invoquer les nouvelles dispositions du *Code criminel* autorisant la tenue d’investigations judiciaires — auxquelles une personne pouvait recevoir l’ordre de se présenter afin de répondre à des questions — dans le cas d’événements survenus avant leur adoption. Selon la Cour, les dispositions s’appliquaient effectivement parce qu’elles étaient de nature strictement procédurale : par. 61. Comme l’ont dit les juges Iacobucci et Arbour, au par. 60, « bien qu’elle puisse permettre d’obtenir des renseignements relatifs à une infraction [. . .] l’investigation judiciaire elle-même reste de nature procédurale. À l’instar d’autres outils procéduraux, telles les empreintes génétiques et les autorisations d’écoute électronique, l’art. 83.28 offre un moyen de recueillir des renseignements et des éléments de preuve dans le cadre d’une enquête portant sur des infractions passées, présentes et futures. » Autrement dit, l’appelant ne disposait pas du droit substantiel de ne pas être interrogé selon cette procédure (par. 66).

[60] I turn now to the jurisprudence of this Court that relates more specifically to evidentiary matters. In *Howard Smith*, the question was whether an amended provision of the *Combines Investigation Act* applied in a prosecution for a conspiracy alleged to have been completed before the amendment came into force. The effect of the provision was to make admissible in evidence documents described as “inter-office memoranda” and to deem them to be *prima facie* evidence against the corporation in whose possession they were found and also against the persons named in them: *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1927, c. 26, s. 41, as enacted by S.C. 1949 (2nd Sess.), c. 12, renumbered and amended by S.C. 1952, c. 39. The Court unanimously held that this provision was procedural and therefore applied to a trial held after it came into force. As Cartwright J. put it, at p. 420: “While [the provision] makes a revolutionary change in the law of evidence, it creates no offence, it takes away no defence, it does not render criminal any course of conduct which was not already so declared before its enactment, it does not alter the character or legal effect of any transaction already entered into; it deals with a matter of evidence only . . .” (emphasis added). Thus, evidence that before the enactment would not have been cogent evidence of guilt became such evidence as a result of the enactment, yet the Court concluded nonetheless that the enactment was procedural in nature and applied to the proceedings. Simply making inculpatory evidence admissible that was previously inadmissible did not “take away” a defence.

[61] *Howard Smith* is also helpful in defining the scope of what is meant by rules of evidence. Cartwright J., at p. 419, approving a passage from the 9th edition of *Phipson on the Law of Evidence* (1952) (at p. 1), referred to substantive law as defining rights, duties and liabilities and adjective law as defining procedure, pleading and proof by which the substantive law is applied in practice. The passage from *Phipson on Evidence* quoted by Cartwright J. further refers to proof as “the

[60] Je passe maintenant à la jurisprudence de la Cour qui traite plus particulièrement des questions de preuve. Dans *Howard Smith*, il fallait déterminer si une disposition modifiée de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* s’appliquait à une poursuite intentée relativement à un complot qui aurait été mené à terme avant l’entrée en vigueur de la modification. La disposition avait pour effet de rendre admissibles en preuve des documents qualifiés de [TRADUCTION] « notes internes » et indiquait qu’ils étaient réputés être une preuve *prima facie* contre la société en possession de qui ils étaient trouvés et contre les personnes qui étaient nommées : *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1927, ch. 26, art. 41, telle qu’elle a été édictée par S.C. 1949 (2<sup>e</sup> sess.), ch. 12, puis renumérotée et modifiée par S.C. 1952, ch. 39. La Cour a conclu à l’unanimité que cette disposition était de nature procédurale et qu’elle s’appliquait donc aux procès tenus après son entrée en vigueur. Comme l’a dit le juge Cartwright, à la p. 420 : [TRADUCTION] « Bien que [la disposition] entraîne une modification majeure du droit de la preuve, elle ne crée aucune infraction, elle n’écarte aucun moyen de défense, elle n’incrimine aucune conduite qui ne l’était pas déjà avant son adoption, elle ne modifie la nature ou l’effet juridique d’aucune opération déjà complétée; elle porte uniquement sur une question de preuve . . . » (je souligne). Ainsi, une preuve qui n’aurait pas constitué une preuve concluante de culpabilité avant l’adoption de la modification est devenue une telle preuve par suite de cette adoption; la Cour a néanmoins attribué au texte une nature procédurale et l’a appliqué à l’instance. Le simple fait de rendre admissible une preuve incriminante qui ne l’était pas auparavant n’a pas pour effet d’« écarter » un moyen de défense.

[61] L’arrêt *Howard Smith* est également utile pour délimiter la portée de ce que l’on entend par règle de preuve. Approuvant un passage de la 9<sup>e</sup> édition de l’ouvrage *Phipson on the Law of Evidence* (1952) (p. 1), le juge Cartwright y a mentionné, à la p. 419, que le droit substantiel définit les droits, les obligations et les responsabilités tandis que le droit adjectival définit la procédure, les actes de procédure et la preuve qui permettent d’appliquer le droit substantiel. Le passage de *Phipson*



establishment of such facts by proper legal means to the satisfaction of the Court”.

[62] Further guidance is offered by *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311. At issue there was whether a new provision in the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, would apply at the accused’s trial relating to events that had arisen before its enactment. Section 4(3.1) of the *Canada Evidence Act* made the spouse of an accused a competent and compellable witness for the prosecution where the complainant or victim was under 14 years of age. Lamer J. (as he then was) held for the Court that the incompetence and non-compellability of witnesses is “not the result of a substantive right to confidentiality and is merely procedural”: p. 332. He also noted that one test of whether a provision is substantive or procedural is whether it is [TRANSLATION] “independent of the existence of an issue” and whether it is “not affected by the fact that there is litigation in progress”: pp. 331-32, citing P. Roubier, *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps* (2nd ed. 1960), at p. 237.

[63] Lamer J. recognized, however, that some presumptions could be substantive. He gave the example of the presumption of advancement which was held by the Court in *Bingeman v. McLaughlin*, [1978] 1 S.C.R. 548, at p. 557, to be substantive. The presumption of advancement is a rebuttable presumption that when a conveyance is made from a husband to his wife, the consideration given by the husband is intended to advance the wife. It therefore must be seen as affecting the legal rights as between the husband and wife at the time of the conveyance and as not being in any way affected by the fact that there is litigation in progress.

[64] The result of the decision in *Wildman* was that the new provision applied at the trial even though at the time of the alleged offence, the accused’s spouse would not have been a compellable witness

*on Evidence* cité par le juge Cartwright précise en outre que la preuve [TRANSLATION] « consiste à établir ces faits par des moyens juridiques appropriés à la satisfaction de la Cour ».

[62] L’arrêt *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, donne des indications supplémentaires. Dans cette affaire, il s’agissait de déterminer si une nouvelle disposition de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, s’appliquerait lors du procès intenté contre l’accusé relativement à des événements survenus avant son adoption. Le paragraphe 4(3.1) de cette loi prévoyait que le conjoint de l’accusé était un témoin compétent et contraignable pour la poursuite lorsque le plaignant ou la victime était âgé de moins de 14 ans. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a conclu, au nom de la Cour, que l’incapacité et la non-contraignabilité à témoigner « ne résultent pas d’une règle de fond en matière de confidentialité, il s’agit d’une simple règle de procédure » : p. 332. Il a aussi précisé qu’un test servant à déterminer si une disposition est de nature substantielle ou de nature procédurale consiste à se demander si elle est « indépendant[e] de l’existence d’un litige » et si elle n’est « pas modifié[e] par la survenance d’un procès » : p. 331-332, citant P. Roubier, *Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps* (2<sup>e</sup> éd. 1960), p. 237.

[63] Le juge Lamer a cependant reconnu que certaines présomptions pourraient relever du fond. Il a cité l’exemple de la présomption de donation, que la Cour a jugée comme portant sur le fond dans *Bingeman c. McLaughlin*, [1978] 1 R.C.S. 548, p. 557. La présomption de donation est une présomption réfutable selon laquelle, lorsqu’un mari consent un transfert à son épouse, l’avantage consenti par le mari est censé profiter à l’épouse. Il faut donc considérer que cette présomption a un effet sur les droits dont jouissaient entre eux le mari et son épouse au moment du transfert et qu’elle n’est pas touchée de quelque façon que ce soit par la survenance d’un litige.

[64] Étant donné la décision rendue dans *Wildman*, la nouvelle disposition s’appliquait lors du procès même si, au moment de l’infraction reprochée, l’épouse de l’accusé n’aurait pas pu être

for the Crown. As in *Howard Smith*, potentially important evidence of guilt was inadmissible at the time of the events giving rise to the trial but was nonetheless held to be admissible at trial by virtue of the new rules of evidence.

[65] I turn next to *E. (A.W.)*. The issue relevant for our purposes was whether the repeal of the corroboration requirement for a child's unsworn evidence applied to trials occurring after the repeal but in relation to events that occurred before. Lamer C.J. (in dissent, but not on this point) concluded that the corroboration provision was part of the law of evidence and that it is "the law of evidence at the time of trial that prevails": p. 189. Thus, potentially important inculpatory evidence which would not have been admitted without corroboration at the time of the alleged crime would be admissible without it under the new rules in effect at the time of trial.

[66] From this review of the case law, we may conclude:

1. Substantive provisions "alter the character or legal effect of any transaction" (*Howard Smith*, at p. 420). This includes taking away a previously-available defence (*Upper Canada College; Howard Smith; Angus*). The operation of such provisions is not affected by the fact that there is litigation in progress (*Wildman*).
2. Procedural provisions "gover[n] the methods by which facts are proven and legal consequences are established" (Sullivan, at p. 698). Their operation is generally dependent on the existence of litigation.
3. Rules of evidence are considered to be procedural in nature unless in effect they impact on substantive rights: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at para. 57.

contrainte à témoigner pour le ministère public. Tout comme dans *Howard Smith*, une preuve de culpabilité potentiellement importante était irrecevable au moment des événements à l'origine du procès, mais elle a malgré tout été jugée admissible au procès en raison des nouvelles règles de preuve.

[65] Je passe maintenant à l'arrêt *E. (A.W.)*. La question importante pour les besoins du présent pourvoi était de savoir si l'abrogation de l'exigence de corroboration du témoignage d'un enfant qui n'a pas prêté serment s'appliquait aux procès tenus après l'abrogation de cette exigence, mais découlant d'événements survenus avant son abrogation. Le juge en chef Lamer (dissident, mais non sur ce point) a conclu que la disposition relative à la corroboration faisait partie du droit de la preuve et que c'était « les règles de preuve en vigueur à l'époque du procès qui s'appliqu[ai]ent » : p. 189. Une preuve inculpatoire potentiellement importante qui n'aurait pas été admise sans corroboration au moment du crime reproché serait donc recevable en vertu des nouvelles règles en vigueur au moment du procès.

[66] Nous pouvons tirer de cette étude de la jurisprudence les conclusions suivantes :

1. Les dispositions de fond [TRADUCTION] « modifient la nature ou l'effet juridique d'une opération » (*Howard Smith*, p. 420), notamment en écartant un moyen de défense qui pouvait être invoqué auparavant (*Upper Canada College; Howard Smith; Angus*). L'application des dispositions de ce genre n'est pas modifiée par la survenance d'un litige (*Wildman*).
2. Les dispositions procédurales [TRADUCTION] « régi[ssent] les moyens de prouver des faits et d'établir des conséquences juridiques » (Sullivan, p. 698). Leur application est habituellement fonction de l'existence d'un litige.
3. Les règles de preuve sont considérées comme étant de nature procédurale, sauf si elles ont en fait une incidence sur des droits substantiels : *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 57.

- |   |   |
|---|---|
| <p>4. Rules of evidence are concerned with “the establishment [or disproof] of ... facts by proper legal means”: <i>Howard Smith</i>, at p. 419, citing <i>Phipson on Evidence</i>, at p. 1.</p> <p>5. Provisions which make evidence admissible that was previously inadmissible or change the conditions under which evidence may be admitted are procedural. This is true even if the new provisions make admissible important incriminating evidence that was formerly excluded. Examples include provisions which: make a revolutionary change in the admissibility and effect of documentary evidence (<i>Howard Smith</i>); make a previously non-compellable witness compellable for the Crown (<i>Wildman</i>); and repeal the corroboration requirement for a child’s unsworn evidence: <i>E. (A.W.)</i>.</p> | <p>4. Les règles de preuve portent sur [TRADUCTION] « l’établissement [ou la réfutation] de [...] faits par des moyens juridiques appropriés » : <i>Howard Smith</i>, p. 419, citant <i>Phipson on Evidence</i>, p. 1.</p> <p>5. Les dispositions qui rendent admissible une preuve qui ne l’était pas auparavant ou modifient les conditions d’admissibilité de la preuve sont de nature procédurale. Cela vaut même pour les nouvelles dispositions qui rendent admissible une preuve incriminante importante qui était auparavant exclue. Mentionnons, à titre d’exemple, les dispositions qui : entraînent une modification majeure de l’admissibilité et de l’effet de la preuve documentaire (<i>Howard Smith</i>); rendent contraignable à témoigner pour le ministère public une personne qui ne l’était pas auparavant (<i>Wildman</i>); et qui abrogent l’exigence de corroboration du témoignage d’un enfant qui n’a pas prêté serment : <i>E. (A.W.)</i>.</p> |
|---|---|

C. *The Provisions Are Procedural*

[67] In my view, the provisions in issue here are purely procedural. They meet all of the tests enunciated in the Court’s jurisprudence for determining whether a provision is procedural and they have none of the characteristics of provisions which are properly characterized as substantive.

[68] The provisions deal with factual presumptions and what is required to rebut them. To use the words approved by Cartwright J. in *Howard Smith*, these provisions deal with the “establishment of . . . facts” by proper legal means. Evidentiary provisions like these are ordinarily considered to be procedural. Procedural provisions generally depend for their operation upon the existence of litigation. The provisions in question here do not operate unless there is a trial in which the blood alcohol level as indicated by the breathalyzer is contested: they are irrelevant unless and until there actually is litigation. The provisions do not “render criminal any course of conduct which was not already so declared before [their] enactment” (*Howard Smith*,

C. *Les dispositions en cause sont de nature procédurale*

[67] Les dispositions en cause ici me semblent purement procédurales. Elles satisfont à tous les critères énoncés par la Cour dans sa jurisprudence pour établir qu’une disposition est de nature procédurale, et elles n’ont aucune des caractéristiques des dispositions considérées à juste titre comme relevant du fond.

[68] Les dispositions sur lesquelles nous sommes appelés à nous pencher traitent de présomptions de fait et des éléments de preuve nécessaires pour les réfuter. Pour reprendre les termes approuvés par le juge Cartwright dans *Howard Smith*, ces dispositions intéressent l’[TRADUCTION] « établissement [...] de faits » par des moyens juridiques appropriés. Les dispositions relatives à la preuve comme celles en cause en l’espèce sont habituellement considérées de nature procédurale. L’application des dispositions procédurales est généralement fonction de l’existence d’un litige. Or, les dispositions en cause ici ne s’appliquent que s’il y a un procès où l’on conteste l’alcoolémie établie par l’alcooltest : elles ne sont pertinentes que s’il y a bel et bien

at p. 420); the elements of the offence which must be established have not changed. They do not affect the content or existence of an action or defence; they regulate the types of evidence required to rebut factual presumptions. Provisions such as these that alter the mode of procedure in the conduct of a defence are still procedural: *Angus*, at p. 266. The provisions in issue thus have all the hallmarks of procedural provisions.

[69] Moreover, the provisions have none of the hallmarks of substantive provisions. They do not attach new consequences to past acts or change the substantive content of a defence. They do not change the existence or content of a right. The elements of the offence have not changed and it remains open to the accused to point to evidence raising a reasonable doubt about the existence of those elements. The provisions do not make conduct unlawful that was lawful at the time it occurred.

[70] My colleague Deschamps J. writes that the provisions have eliminated or neutered a defence. I respectfully disagree. The provisions limit the scope of admissible evidence which could formerly have been adduced in order to attempt to raise a reasonable doubt about one of the essential elements of the offence. The so-called “*Carter* defence” in reality is a particular type of evidence adduced in order to raise a reasonable doubt. If these provisions are characterized as taking away a defence, then any evidentiary provision that increases the risk of conviction would have to be so characterized. The jurisprudence of this Court, reviewed above, makes clear in my view that this is not the case.

[71] The Court has held in *St-Onge Lamoureux* that limiting the admissibility of *Carter* evidence does not infringe an accused’s s. 7 *Charter* right to make full answer and defence. If the limitation on

un litige. Elles n’[TRADUCTION] « incrimine[nt] aucune conduite qui ne l’était pas déjà avant [leur] adoption » (*Howard Smith*, p. 420); les éléments de l’infraction à établir n’ont pas changé. Elles n’ont pas d’effet sur le contenu ou sur l’existence d’une action ou d’un moyen de défense; elles réglementent les types de preuve nécessaires pour réfuter les présomptions de fait. Les dispositions comme celles en cause en l’espèce qui modifient le mode de procédure dans la production d’une défense restent de nature procédurale : *Angus*, p. 266. Les dispositions dont il est question ici ont donc toutes les caractéristiques des dispositions procédurales.

[69] Qui plus est, ces dispositions n’ont aucune des caractéristiques des dispositions de fond. Elles ne confèrent pas de conséquences nouvelles à des actes antérieurs, ni ne modifient le contenu substantiel d’un moyen de défense. Elles n’influent pas sur l’existence ou sur le contenu d’un droit. Les éléments de l’infraction n’ont pas changé et il demeure loisible à l’accusé de présenter une preuve soulevant un doute raisonnable quant à l’existence de ces éléments. Les dispositions n’interdisent pas une conduite qui était légale au moment où elle est survenue.

[70] Ma collègue la juge Deschamps écrit que les dispositions ont supprimé ou neutralisé un moyen de défense. En toute déférence, je ne suis pas d’accord. Les dispositions limitent l’éventail des éléments de preuve admissibles qui auraient pu être produits auparavant pour tenter de soulever un doute raisonnable au sujet d’un des éléments essentiels de l’infraction. Ce que l’on appelle la « défense de type *Carter* » est en fait un type particulier de preuve présentée afin de soulever un doute raisonnable. Si on considère que ces dispositions écartent un moyen de défense, il faudrait alors considérer que toute disposition relative à la preuve qui augmente le risque de condamnation a le même effet. À mon avis, la jurisprudence de la Cour que je viens d’examiner indique clairement qu’il n’en est rien.

[71] La Cour a conclu dans *St-Onge Lamoureux* que la limitation de l’admissibilité d’une preuve de type *Carter* ne porte pas atteinte au droit garanti à un accusé par l’art. 7 de la *Charte* de présenter

the availability of *Carter* evidence does not take away a defence for the purposes of the *Charter*, it cannot be that the same limitation is substantive because it somehow does take away a defence.

[72] The decision of the Quebec Court of Appeal in *R. v. Gervais* (1978), 43 C.C.C. (2d) 533, is of no assistance to the appellant. *Gervais* concerned a change to rights of appeal. The jurisprudence from this Court has long made clear that the right of appeal is a substantive right, not a matter of procedure: see, e.g., *Taylor v. The Queen* (1876), 1 S.C.R. 65; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] S.C.R. 1038, at pp. 1041-42; *R. v. Puskas*, [1998] 1 S.C.R. 1207, at para. 6.

[73] I cannot accept the suggestion that the fact that the provision is found to limit an accused's right to be presumed innocent under s. 11(d) of the *Charter* supports the conclusion that the provision is substantive. There are two points. First, procedural provisions may limit *Charter* rights or indeed violate the *Charter* just as readily as substantive ones. The *Charter* analysis says nothing about the nature of the provisions for the purposes of applying the presumption that procedural provisions have immediate effect. Second, I agree with my colleague Deschamps J. (at para. 14) that we must assess the temporal application of these provisions on the basis of the provisions as they stand following the Court's decision in *St-Onge Lamoureux*. The provisions in that form do not violate the *Charter*. I respectfully do not accept that the fact that they have been found to be reasonably justified as opposed to not limiting the rights in question at all has anything to do with whether the provisions interfere with substantive rights.

[74] I conclude that the provisions relate only to the rules of evidence which apply at trial and

une défense pleine et entière. Si la restriction de la possibilité de produire une preuve de type *Carter* n'écarte pas un moyen de défense pour l'application de la *Charte*, il est impossible que la même restriction soit de nature substantielle parce qu'elle écarte bel et bien d'une certaine manière un moyen de défense.

[72] L'arrêt *R. c. Gervais*, [1978] J.Q. n<sup>o</sup> 181 (QL), de la Cour d'appel du Québec n'est d'aucune utilité pour l'appellant. Il y était question d'une modification des droits d'appel. La jurisprudence de la Cour établit clairement depuis longtemps que le droit d'appel est un droit substantiel, et non une question de procédure : voir, p. ex., *Taylor c. The Queen* (1876), 1 R.C.S. 65; *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] R.C.S. 1038, p. 1041-1042; *R. c. Puskas*, [1998] 1 R.C.S. 1207, par. 6.

[73] Je ne puis accepter la proposition selon laquelle le fait que la disposition limite le droit de l'accusé d'être présumé innocent protégé par l'al. 11d) de la *Charte* soutient la conclusion que la disposition en est une de fond, et ce, pour deux raisons. Premièrement, les dispositions procédurales peuvent limiter les droits garantis par la *Charte* ou même contrevenir à la *Charte* tout autant que les dispositions de fond. L'analyse fondée sur la *Charte* ne nous apprend rien au sujet de la nature des dispositions pour l'application de la présomption d'application immédiate des dispositions procédurales. Deuxièmement, je souscris à l'opinion qu'exprime ma collègue la juge Deschamps, au par. 14, qu'il nous faut examiner l'application temporelle de ces dispositions telles qu'elles sont par suite de l'arrêt *St-Onge Lamoureux* de la Cour. Les dispositions ainsi formulées ne contreviennent pas à la *Charte*. Avec égards, je ne peux toutefois convenir que le fait d'avoir conclu que ces dispositions sont raisonnablement justifiées plutôt que d'avoir conclu qu'elles ne limitent aucunement les droits en cause a un rapport quelconque avec la question de savoir si les dispositions portent atteinte à des droits substantiels.

[74] Je conclus que les dispositions ne concernent que les règles de preuve applicables lors d'un

that they are therefore purely procedural. As I have explained earlier in these reasons, the standard position on the temporal applicability of procedural provisions is that they operate with immediate effect.

*D. The Presumption of Immediate Application Is Not Rebutted*

[75] That brings us to the second question on the appeal: even if the provisions are procedural, do the surrounding circumstances or the language of the provisions rebut the presumption that they are to be applied immediately?

[76] The appellant submits that the legislation does not indicate that Parliament intended any part of the amended provisions to apply with respect to events that occurred before their enactment. The answer to this point, as I see it, is that the provisions are purely procedural and therefore their temporal application is well settled by the common law and reinforced by the provisions of the *Interpretation Act*. Parliament is deemed to know the law.

[77] The appellant also submits that, had it been Parliament's intent that these provisions should have immediate application, it would have taken steps before they came into effect to ensure that evidence crucial to the defence, such as video-recordings of breath testing, was preserved and that disclosure practices were modified accordingly. Respectfully, these considerations do not point to parliamentary intent that these procedural provisions should not take immediate effect. Video-recordings, disclosure and evidence about how the device performed on the occasion in question were all important and highly relevant to the defence before as well as after these provisions came into effect. The limitation on the admissibility of *Carter* evidence in these provisions did not suddenly render this other evidence relevant or important. It was always relevant and important. Furthermore, Parliament has made no provision for these matters for any cases, whether they arose before or after the amendments came into effect. I cannot see how Parliament's inaction in this regard before the amendments' enactment can reveal legislative intent against immediate

procès et qu'elles sont donc purement procédurales. Comme je l'ai déjà expliqué, l'opinion répandue sur l'application temporelle des dispositions procédurales veut qu'elles s'appliquent avec effet immédiat.

*D. La présomption d'application immédiate n'est pas réfutée*

[75] Cela nous amène à la deuxième question sur laquelle porte le pourvoi : malgré la nature procédurale des dispositions, la présomption qu'elles doivent s'appliquer immédiatement est-elle réfutée par leur libellé ou l'ensemble des circonstances?

[76] Selon l'appelant, la loi n'indique pas que le législateur voulait qu'une partie quelconque des dispositions modifiées s'applique à des événements survenus avant leur adoption. De mon point de vue, la réponse sur ce point est que les dispositions sont purement procédurales et que leur application dans le temps est donc bien établie par la jurisprudence et renforcée par les dispositions de la *Loi d'interprétation*. Le législateur est réputé connaître la loi.

[77] Toujours selon l'appelant, si le législateur avait voulu que ces dispositions s'appliquent immédiatement, il aurait pris des mesures avant leur entrée en vigueur pour s'assurer que les éléments de preuve essentiels à la défense, comme les bandes vidéo des alcootests, soient conservés et que les pratiques en matière de communication de la preuve soient modifiées en conséquence. En toute déférence, ces considérations n'indiquent pas que le législateur voulait que ces dispositions procédurales ne prennent pas effet immédiatement. Les bandes vidéos, la communication de la preuve et les éléments de preuve relatifs au fonctionnement de l'appareil au moment en question étaient tous importants et fort pertinents pour la défense tant avant qu'après l'entrée en vigueur de ces dispositions. La limitation de l'admissibilité de la preuve de type *Carter* prévue par ces dispositions n'a pas rendu soudainement cette autre preuve pertinente ou importante. Elle a toujours été pertinente et importante. Qui plus est, le législateur n'a édicté aucune disposition à l'égard de ces éléments pour quelque affaire que ce soit, que l'affaire

application, given that Parliament has been similarly inactive after the amendments have come into force. It is therefore difficult for me to understand how the absence of these sorts of provisions supports the view that they were not intended to have immediate effect.

[78] The Court's decision in *R. v. Ali*, [1980] 1 S.C.R. 221, is not in my view of assistance to the appellant. In that case, this Court considered the applicability of amendments that required a certificate to be based on two breath samples — not only one as in the previous legislation — to give rise to the presumption of accuracy. This amendment was accompanied by another amendment allowing peace officers to take more than one sample. Pratte J., writing for the majority, assumed but did not decide that the first-mentioned amendment was procedural. However, he decided that this amendment did not apply to events that occurred before its coming into force, since before the amendment, it was not legally possible to obtain the required two breath samples, but after the amendment it was. The amendment to the amount of samples required for a valid certificate “cannot be taken to refer to samples of breath that could not be legally demanded at the time of the offence” (p. 239). The changes to the legislative scheme as a whole demonstrated that, for cases arising before the amendments, Parliament intended the old law to remain effective. I respectfully do not see any parallel between that situation and the present one. As mentioned in the previous paragraph, the amendments in issue here were not accompanied by other amendments changing the legal availability of relevant evidence. Nor did they make evidence relevant that was not equally relevant before their enactment. The questions of whether the breathalyzer device malfunctioned or was improperly operated were highly relevant to an accused before as well as after the amendments. It cannot be said, in my respectful view, that the effect of the amended provisions was to require an accused to adduce evidence that he or she had no reason to gather before

soit survenue avant ou après l'entrée en vigueur des modifications. Je ne vois pas comment l'inaction du législateur à cet égard avant l'adoption des modifications peut traduire son souhait que les modifications ne s'appliquent pas immédiatement, vu qu'il est resté tout aussi inactif après l'entrée en vigueur des modifications. Il m'est donc difficile de comprendre comment l'absence de ce genre de dispositions appuie la thèse qu'elles n'étaient pas censées prendre effet immédiatement.

[78] À mon avis, l'arrêt *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221, de la Cour n'est d'aucune utilité pour l'appellant. La Cour y a examiné l'applicabilité de modifications selon lesquelles un certificat devait se fonder sur deux échantillons d'haleine — et non pas un seul comme le prévoyait l'ancienne disposition législative — pour donner ouverture à la présomption d'exactitude. À cette modification s'en ajoutait une autre qui autorisait les agents de la paix à prendre plus d'un échantillon. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Pratte a tenu pour acquis, mais n'a pas décrété, que la première modification mentionnée était de nature procédurale. Il a toutefois décidé que cette modification ne s'appliquait pas aux événements survenus avant son entrée en vigueur, parce qu'il n'était pas légalement possible auparavant d'obtenir les deux échantillons d'haleine exigés alors qu'il était possible de les obtenir après l'entrée en vigueur de la modification. La modification du nombre d'échantillons nécessaires à l'obtention d'un certificat valide « ne peut se rapporter à des échantillons d'haleine qui ne pouvaient légalement faire l'objet d'une sommation au moment de l'infraction » : p. 239. Il ressort de l'ensemble des changements apportés au régime législatif que le législateur voulait que l'ancienne règle de droit continue de s'appliquer dans les affaires survenues avant les modifications. Avec égards, je ne vois aucun parallèle entre cette situation et celle de l'espèce. Comme je l'ai mentionné au paragraphe précédent, les modifications en cause dans la présente affaire n'étaient pas accompagnées d'autres modifications touchant la preuve pertinente qui, selon la loi, pouvait être présentée. Elles n'ont pas non plus rendu pertinente une preuve qui ne l'était pas avant leur adoption. Les questions de savoir si l'alcootest a mal fonctionné ou a été

the provisions came into force. An accused had every reason to gather such evidence before as well as after the enactment of these provisions.

#### E. *Conclusion*

[79] I am therefore of the view that the amendments to s. 258(1) were purely procedural. They did not bring about any substantive right. Nor did they alter the facts with respect to which a reasonable doubt must be raised in order to rebut the presumptions that s. 258(1) creates. The amendments are subject to the presumption of immediate application, and there is nothing to rebut the presumption. I am reinforced in this view by the fact that in addition to the Ontario Court of Appeal in this case, the courts of appeal for Alberta, British Columbia and Quebec have reached the same conclusions: *R. v. Gartner*, 2010 ABCA 335, 490 A.R. 268; *R. v. Truong*, 2010 BCCA 536, 296 B.C.A.C. 248; *R. v. Loiseau*, 2010 QCCA 1872 (CanLII).

[80] The amended version of s. 258(1) is therefore applicable to all s. 253 charges, whether the facts that ground them occurred before or after the amendments' enactment. This includes the charges against the appellant.

#### V. Disposition

[81] I would dismiss the appeal and uphold the Court of Appeal's order for a new trial. This trial should apply the amended provisions, as severed in this Court's concurrently released decision in *St-Onge Lamoureux*.

*Appeal allowed, McLACHLIN C.J. and ROTHSTEIN and CROMWELL JJ. dissenting.*

utilisé incorrectement étaient fort pertinentes pour un accusé tant avant qu'après l'entrée en vigueur des modifications. À mon humble avis, on ne saurait dire que ces dispositions modifiées ont eu pour effet d'obliger un accusé à produire des éléments de preuve qu'il n'avait aucune raison de réunir avant leur entrée en vigueur. Un accusé avait toutes les raisons de réunir de tels éléments de preuve tant avant qu'après l'adoption de ces dispositions.

#### E. *Conclusion*

[79] J'estime donc que les modifications du par. 258(1) sont de nature purement procédurale. Elles ne font intervenir aucun droit substantiel, ni ne modifient les faits à l'égard desquels il est possible de soulever un doute raisonnable afin de réfuter les présomptions créées par le par. 258(1). Les modifications sont présumées s'appliquer immédiatement, et rien ne réfute cette présomption. Je suis conforté dans mon opinion par le fait qu'outre la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce, les cours d'appel de l'Alberta, de la Colombie-Britannique et du Québec sont arrivées aux mêmes conclusions : *R. c. Gartner*, 2010 ABCA 335, 490 A.R. 268; *R. c. Truong*, 2010 BCCA 536, 296 B.C.A.C. 248; *R. c. Loiseau*, 2010 QCCA 1872, [2010] R.J.Q. 2246.

[80] La version modifiée du par. 258(1) s'applique donc à toutes les accusations portées en vertu de l'art. 253, notamment celles portées contre l'appelant, que les faits sur lesquels elles reposent se soient produits avant ou après l'adoption des modifications.

#### V. Dispositif

[81] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel portant nouveau procès. Les dispositions modifiées, telles qu'elles ont été scindées dans l'arrêt *St-Onge Lamoureux* rendu par la Cour en même temps que le présent arrêt, doivent s'appliquer à ce nouveau procès.

*Pourvoi accueilli, la juge en chef McLACHLIN et les juges ROTHSTEIN et CROMWELL sont dissidents.*



*Solicitors for the appellant: Burstein Bryant, Toronto; J. Thomas Wiley, Brampton.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.*

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

*Procureurs de l'appellant : Burstein Bryant, Toronto; J. Thomas Wiley, Brampton.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.*

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



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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL  
JANICE CHENEY  
CHANTAL DEMERS  
VALERIE DESJARLAIS  
GENEVIÈVE DOMEY  
LEE ANN GORMAN

SÉBASTIEN LAFRANCE  
AMÉLIE LAVICTOIRE  
KAREN LEVASSEUR  
LORRAINE PILETTE  
RÉMI SAMSON  
LOUISE SAVARD

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

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY  
STEPHEN BALOGH

MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU  
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET  
MONIQUE DELORME

NANCY MCCAUGHAN  
PAULINE MCTAVISH

ANNE-MARIE NOËL  
JEAN-FRANÇOIS SCHAAN

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

Administrative Assistants / Adjointes administratifs

SÉBASTIEN GAGNÉ

MANON PLOUFFE

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

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

## CONTENTS

### **Canada (Attorney General) v. Kane ..... 398**

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Public Service Staffing Tribunal concluding that decision by employer to staff position by means of advertised process did not constitute abuse of authority — Whether decision of Tribunal reviewable on standard of reasonableness.

### **Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc. ... 405**

Administrative law — Judicial review — Adequacy of reasons — Board declaring that Driver Iron was employer pursuant to Labour Relations Code and was bound by collective agreements between employers' association and union — Court of Appeal erred in finding that Board had failed to give proper consideration to interplay between provisions of Code — Board not having to consider and comment upon every issue raised by parties — Board's decision, viewed as whole in context of record, was reasonable.

### **Moore v. British Columbia (Education) ..... 360**

Human rights — Discrimination — Prohibited grounds — Mental or physical disability — Education — Student with dyslexia attending public school — School district cancelling special education program requiring student to enrol in specialized private school — Whether school district discriminating against student by failing to provide necessary remediation — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 8.

Education law — School regulation and administration — Curriculum and education programs — Obligations of school authorities — What constitutes meaningful access to education for students with learning disabilities — School Act, S.B.C. 1989, c. 61.

### **Newfoundland and Labrador v.**

### **AbitibiBowater Inc. .... 443**

Bankruptcy and Insolvency — Provable claims — Contingent claims — Corporation filing for insolvency protection — Province issuing environmental protection orders against corporation and seeking declaration that orders not "claims" under Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"), and not subject to claims procedure order — Whether environmental protection orders are monetary claims that can be compromised in corporate restructuring under CCAA — Whether CCAA is ultra vires or constitutionally inapplicable by permitting court to determine whether environmental order is a monetary claim.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Canada (Procureur général) c. Kane ..... 398**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conclusion du Tribunal de la dotation de la fonction publique portant que la décision de l'employeur de doter le poste au moyen d'un processus de nomination annoncé ne constituait pas un abus de pouvoir — Est-ce que la décision du Tribunal est susceptible de contrôle suivant la norme de la décision raisonnable?

### **Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc. .... 405**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Suffisance des motifs — Commission déclarant que Driver Iron était un employeur selon le Labour Relations Code et qu'elle était liée par les conventions collectives entre l'association d'employeurs et le syndicat — La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la Commission n'avait pas accordé suffisamment d'attention à l'interaction entre les dispositions du Code — La Commission n'était pas tenue d'examiner et de commenter chaque argument soulevé par les parties — La décision de la Commission, considérée dans son ensemble, à la lumière du dossier, était raisonnable.

### **Moore c. Colombie-Britannique (Éducation) ..... 360**

Droits de la personne — Discrimination — Motifs de distinction illicite — Déficience mentale ou physique — Éducation — Fréquentation de l'école publique par un élève dyslexique — L'annulation par le district scolaire d'un programme d'éducation spécialisée a eu pour effet d'obliger l'élève à s'inscrire dans une école privée spécialisée — Le district scolaire a-t-il commis de la discrimination à l'endroit de l'élève en ne lui fournissant pas les mesures de remédiation nécessaires? — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 8.

Droit de l'éducation — Réglementation et administration des écoles — Programmes d'éducation — Obligations des autorités scolaires — En quoi consiste l'accès concret à l'éducation dans le cas des élèves ayant des troubles d'apprentissage? — School Act, S.B.C. 1989, ch. 61.

### **R. c. Aucoin ..... 408**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Accusé intercepté pour une infraction mineure au code de la route — Fouille par palpation de l'accusé par le policier avant que l'accusé soit détenu dans la voiture de police — Drogue découverte dans les poches de l'accusé au cours de la fouille par palpation — La détention de l'accusé était-elle légale? — La fouille par palpation était-elle abusive? — L'admission de la drogue en preuve déconsidérerait-elle l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2).

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **R. v. Aucoin ..... 408**

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Accused stopped for minor motor vehicle regulatory offence — Police officer conducting pat-down search of accused as a prelude to detention in police vehicle — Police officer discovering drugs in accused's pockets as a consequence of pat-down search — Whether detention of accused was unlawful — Whether pat-down search was unreasonable — Whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2).

### **R. v. D.J.W. .... 396**

Criminal law — Aggravated assault — Assault with a weapon — Elements of offence — Accused attempting to circumcise four-year old son — Accused convicted by trial judge of criminal negligence causing bodily harm, but acquitted of aggravated assault and of lesser included offence of assault with a weapon — Court of Appeal entering convictions for aggravated assault and assault with a weapon and entering a stay of conviction for criminal negligence causing bodily harm — All elements of charges against accused had been established.

### **R. v. Khawaja ..... 555**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Accused convicted of terrorism offences under Part II.1 of Criminal Code — Whether provisions, in purpose or effect, violate right to free expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.01(1)(b)(i)(A).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Terrorism offences — Provision criminalizing participation in or contribution to activities of terrorist group — Whether provision broader than necessary to achieve purpose or whether provision's impact disproportionate — Whether provision contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.18.

Criminal law — Appeals — Terrorism offences — Trial fairness — Trial judge finding that clause defining terrorist activity as being for political, religious or ideological purpose unconstitutional — Court of Appeal overturning decision on constitutionality but upholding convictions — Whether Court of Appeal erred in applying curative proviso — Whether convictions unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 83.01(1)(b)(i)(A), 686(1)(b)(iii).

National security — Terrorism — Sentencing — Totality principle — Accused guilty of terrorism offences sentenced

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **R. c. D.J.W. .... 396**

Droit criminel — Voies de fait graves — Agression armée — Éléments de l'infraction — Tentative par l'accusé de circonscire son fils de quatre ans — Accusé déclaré coupable par le juge du procès d'avoir causé des lésions corporelles par négligence criminelle, mais acquitté de voies de fait graves et d'agression armée, une infraction moindre et incluse — Inscription par la Cour d'appel de déclarations de culpabilité pour voies de fait graves et agression armée ainsi que d'une suspension de la déclaration de culpabilité pour négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles — Tous les éléments des infractions reprochées à l'accusé avaient été établis.

### **R. c. Khawaja ..... 555**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Accusé déclaré coupable d'infractions de terrorisme sous le régime de la partie II.1 du Code criminel — L'objectif ou l'effet des dispositions porte-t-il atteinte au droit à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.01(1)(b)(i)(A).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Infractions de terrorisme — Disposition criminalisant la participation ou la contribution à une activité d'un groupe terroriste — La disposition a-t-elle une portée plus grande que nécessaire pour réaliser l'objectif sous-jacent ou a-t-elle une incidence disproportionnée? — La disposition va-t-elle à l'encontre des principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.18.

Droit criminel — Appels — Infractions de terrorisme — Équité du procès — Juge du procès ayant conclu à l'inconstitutionnalité de la disposition suivant laquelle est terroriste l'activité qui est menée au nom d'un but de nature politique, religieuse ou idéologique — Infirmerie de cette conclusion par la Cour d'appel, mais confirmation par elle des déclarations de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'appliquer la disposition réparatrice? — Les déclarations de culpabilité sont-elles déraisonnables? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.01(1)(b)(i)(A), 686(1)(b)(iii).

Sécurité nationale — Terrorism — Détermination de la peine — Principe de totalité — Accusé déclaré coupable d'infractions de terrorisme et condamné par le juge du procès à 10 ans et demi d'emprisonnement, sans possibilité de libération conditionnelle avant 5 ans — Substitution par la Cour d'appel d'une peine d'emprisonnement à perpétuité et de peines consécutives totalisant 24 ans d'emprisonnement, sans possibilité de libération conditionnelle avant 10

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

by trial judge to 10 and a half years of imprisonment, with parole eligibility set at 5 years — Court of Appeal substituting sentence of life imprisonment coupled with 24 years of consecutive sentences, with parole eligibility set at 10 years — Whether Court of Appeal erred in overturning sentence.

### **R. v. Nedelcu ..... 311**

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Accused involved in motor vehicle accident where victim sustained serious injuries — Accused charged with Criminal Code offences — Accused testifying in criminal action — Testimony inconsistent with discovery testimony in prior related civil action — Whether Crown at criminal trial may cross-examine accused on prior inconsistent statements without infringing right against self-incrimination — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.

### **R. v. P.D.T. .... 394**

Criminal law — Reasonable verdict — During police interview, accused first denied that he had ever touched complainant in sexual manner, but ultimately admitted to some sexual touching — Complainant's evidence, combined with accused's confirmatory admissions, sufficiently supported conviction for sexual interference and sexual exploitation.

### **Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168 ..... 489**

Communications law — Broadcasting — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ("CRTC") adopting policy establishing market-based value for signal regulatory regime — Policy empowering private local television stations ("broadcasters") to negotiate direct compensation for retransmission of signals by cable and satellite companies ("broadcasting distribution undertakings" or "BDUs"), as well as right to prohibit BDUs from retransmitting those signals if negotiations unsuccessful — Whether CRTC having jurisdiction under Broadcasting Act to implement proposed regime — Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2, 3, 5, 9, 10.

Legislation — Conflicting legislation — CRTC adopting policy establishing market-based value for signal regulatory regime — Policy empowering broadcasters to negotiate direct compensation for retransmission of signals by BDUs, as well as right to prohibit BDUs from retransmitting those signals if negotiations unsuccessful — Whether proposed regime conflicting with Copyright Act — Whether Copyright Act limiting discretion of CRTC in exercising regulatory and licensing powers under Broadcasting Act — Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

ans — La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'annuler la peine infligée en première instance?

### **R. c. Nedelcu ..... 311**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Accusé impliqué dans un accident de véhicule à moteur dans lequel une victime a été grièvement blessée — Accusé inculpé d'infractions au Code criminel — Accusé ayant témoigné à son procès criminel — Témoignage de l'accusé incompatible avec son témoignage antérieur à l'interrogatoire préalable dans une action civile connexe — Le ministère public peut-il contre-interroger l'accusé à son procès criminel sur ses déclarations contradictoires antérieures sans porter atteinte à son droit de ne pas s'incriminer? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.

### **R. c. P.D.T. .... 394**

Droit criminel — Verdict raisonnable — Durant l'interrogatoire policier, l'accusé a d'abord nié s'être livré à des attouchements à caractère sexuel sur la plaignante, mais a en définitive avoué certains attouchements — Le témoignage de la plaignante, conjugué aux aveux confirmatoires de l'accusé, était suffisamment la déclaration de culpabilité pour contacts sexuels et exploitation sexuelle.

### **Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168 ..... 489**

Droit des communications — Radiodiffusion — Adoption par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (« CRTC ») d'une politique établissant un régime réglementaire de compensation pour la valeur des signaux basé sur les forces du marché — Politique habitant les stations privées de télévision locale (« radiodiffuseurs ») à négocier une compensation directe pour la retransmission de leurs signaux par les entreprises de câblodistribution et de communications par satellite (« entreprises de distribution de radiodiffusion » ou « EDR »), et leur conférant le droit d'interdire aux EDR de retransmettre ces signaux en cas d'échec des négociations — Le CRTC a-t-il compétence en vertu de la Loi sur la radiodiffusion pour mettre en œuvre le régime proposé? — Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2, 3, 5, 9, 10.

Législation — Conflit de lois — Adoption par le CRTC d'une politique établissant un régime réglementaire de compensation pour la valeur des signaux basé sur les forces du marché — Politique habitant les radiodiffuseurs à négocier une compensation directe pour la retransmission de leurs signaux par les EDR, et leur conférant le droit d'interdire aux EDR de retransmettre ces signaux en cas d'échec des négociations — Le régime proposé entre-t-il en conflit avec la Loi sur le droit d'auteur? — Cette loi

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

ss. 2, 3, 5, 9, 10 — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2, 21, 31, 89.

### **Sriskandarajah v. United States of America ..... 609**

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Extradition — Minister ordering surrender of Canadian citizens to U.S. authorities to be tried there on terrorism charges — Whether extradition violates right to remain in Canada even when foreign state's claim of jurisdiction is weak or when prosecution in Canada is feasible — Whether surrender decisions unreasonable on the evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1) — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18.

Administrative law — Natural justice — Procedural fairness — Minister providing all materials considered in making decisions to surrender, except legal advice — Whether procedural fairness required minister to obtain and disclose Canadian prosecutorial authority's assessment of whether to prosecute in Canada.

## SOMMAIRE (Fin)

limite-t-elle la discrétion du CRTC lorsqu'il exerce les pouvoirs de prise de règlements et d'attribution de licences que lui confère la Loi sur la radiodiffusion? — Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2, 3, 5, 9, 10 — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2, 21, 31, 89.

### **Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique ..... 609**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Extradition — Arrêtés du ministre extradant des citoyens canadiens vers les États-Unis afin qu'ils y subissent leurs procès pour terrorisme — L'extradition porte-t-elle atteinte au droit de demeurer au Canada lorsque la compétence revendiquée par l'autre État est faible ou que la poursuite pourrait se dérouler au Canada? — Les arrêtés d'extradition sont-ils déraisonnables au vu de la preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1) — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18.

Droit administratif — Justice naturelle — Équité procédurale — Communication par le ministre de tous les documents considérés avant de prendre les arrêtés d'extradition, sauf l'avis juridique — L'équité procédurale exige-t-elle du ministre qu'il obtienne puis communique le rapport du service compétent sur l'opportunité de poursuites au Canada?

### **Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc. ... 443**

Faillite et insolvabilité — Réclamations prouvables — Réclamations éventuelles — Demande de protection contre l'insolvabilité par une société — Ordonnances environnementales émises par la province contre la société et demande, par la province, d'un jugement déclarant que les ordonnances ne constituent pas des « réclamations » aux termes de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »), et qu'elles ne sont pas assujetties à l'ordonnance relative à la procédure de réclamations — Les ordonnances environnementales constituent-elles des réclamations pécuniaires pouvant faire l'objet d'une transaction dans le cadre d'une restructuration sous le régime de la LACC? — La LACC est-elle ultra vires ou constitutionnellement inapplicable en permettant au tribunal de déterminer si une ordonnance environnementale constitue une réclamation pécuniaire?





**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Marius Nedelcu** *Respondent*

and

**Attorney General of Quebec, Advocates' Society and Criminal Lawyers' Association (Ontario)** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. NEDELCU**

**2012 SCC 59**

File No.: 34228.

2012: March 16; 2012: November 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Accused involved in motor vehicle accident where victim sustained serious injuries — Accused charged with Criminal Code offences — Accused testifying in criminal action — Testimony inconsistent with discovery testimony in prior related civil action — Whether Crown at criminal trial may cross-examine accused on prior inconsistent statements without infringing right against self-incrimination — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.*

After work one evening, N took the victim for a ride on his motorcycle on their employer's property. The motorcycle crashed into a curb, causing the victim permanent brain damage. N sustained minor injuries and was hospitalized overnight. N was charged with dangerous driving causing bodily harm and impaired driving causing bodily harm. He was also sued in a civil action by the victim and his family. During his examination for discovery in the civil matter, N testified that he had no memory of the events from the day of the accident until he woke up in the hospital the following day. At his criminal trial, however, N gave a detailed account of the events leading up to and during the accident. Having

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Marius Nedelcu** *Intimé*

et

**Procureur général du Québec, Advocates' Society et Criminal Lawyers' Association (Ontario)** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. NEDELCU**

**2012 CSC 59**

N° du greffe : 34228.

2012 : 16 mars; 2012 : 7 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 constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Accusé impliqué dans un accident de véhicule à moteur dans lequel une victime a été grièvement blessée — Accusé inculpé d'infractions au Code criminel — Accusé ayant témoigné à son procès criminel — Témoignage de l'accusé incompatible avec son témoignage antérieur à l'interrogatoire préalable dans une action civile connexe — Le ministère public peut-il contre-interroger l'accusé à son procès criminel sur ses déclarations contradictoires antérieures sans porter atteinte à son droit de ne pas s'incriminer? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.*

Un soir, après le travail, N a fait monter la victime sur sa motocyclette pour lui faire faire un tour sur la propriété de leur employeur. La motocyclette a percuté la bordure de trottoir, et la victime a subi des lésions cérébrales permanentes. N a été hospitalisé jusqu'au lendemain pour des blessures mineures. N a été accusé de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles et de conduite avec facultés affaiblies ayant causé des lésions corporelles. Il a également été poursuivi au civil par la victime et sa famille. À l'interrogatoire préalable dans le cadre de cette instance civile, N a affirmé ne pas se souvenir de ce qui était survenu entre le jour de l'accident et son réveil à l'hôpital le lendemain. À

been granted leave to cross-examine N on his discovery evidence, the Crown asked N about his memory of the events. N stated, “I have a recollection about 90, 95 percent”. N’s trial testimony was found to be unreliable and he was found guilty of dangerous driving causing bodily harm. The Court of Appeal allowed N’s appeal. The trial judge’s ruling was overturned, the conviction was set aside and a new trial was ordered.

*Held* (LeBel, Fish and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be allowed, the order for a new trial set aside, and the guilty verdict on the charge of dangerous driving causing bodily harm restored.

*Per* McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis JJ.: Although N was statutorily compellable and therefore compelled for the purpose of s. 13 of the *Charter* to testify at his examination for discovery in the civil action, the use of his non-incriminating discovery evidence for impeachment purposes could not and did not trigger the application of s. 13. Section 13 is not directed to “any evidence” the witness may have been compelled to give at the prior proceeding, but to incriminating evidence. Incriminating evidence is evidence given by the witness at the prior proceeding that the Crown could use at the subsequent proceeding, if it were permitted to do so, to prove guilt, i.e., to prove or assist in proving one or more of the essential elements of the offence for which the witness is being tried. Where the evidence given by the witness at the prior proceeding could not be used by the Crown at the subsequent proceeding to prove the witness’s guilt on the charge for which he or she is being tried, the prior evidence is not “incriminating evidence”.

The mere possibility that evidence, which is otherwise “non-incriminating”, can be converted into “incriminating” evidence if the Crown were to take the added steps needed to make it so, is not enough to trigger the application of s. 13. The use of N’s discovery evidence to test his credibility, and nothing else, could not convert his discovery evidence into incriminating evidence. The discovery evidence would retain its original characteristics and it would not become evidence from which the triers of fact could infer guilt.

son procès criminel, N a toutefois donné un compte rendu détaillé de l’accident et des faits qui l’avaient précédé. Ayant été autorisé à contre-interroger N sur son témoignage à l’interrogatoire préalable, le ministère public lui a posé des questions sur son souvenir des événements. N a affirmé : « Je me souviens d’environ 90 à 95 pour 100 de ce qui s’est passé ». Le témoignage de N à son procès n’a pas été jugé digne de foi et N a été déclaré coupable de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles. La Cour d’appel a accueilli l’appel de N. Elle a infirmé la décision du juge du procès, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

*Arrêt* (les juges LeBel, Fish et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, l’ordonnance prescrivant la tenue d’un nouveau procès est annulée et la déclaration de culpabilité de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles est rétablie.

*La juge en chef* McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver et Karakatsanis : Même si, pour l’application de l’art. 13 de la *Charte*, N était un témoin contraignable en vertu de la loi et, par conséquent, un témoin forcé à l’interrogatoire préalable dans le cadre de l’action civile, l’utilisation de son témoignage non incriminant pour attaquer sa crédibilité à son procès ne pouvait pas emporter et n’a pas emporté l’application de l’art. 13. L’article 13 s’applique à un témoignage incriminant, et non pas à « tout témoignage » que le témoin pourrait avoir été contraint de fournir initialement. Un témoignage incriminant est un témoignage que le témoin a fourni lors d’une procédure initiale et que le ministère public pourrait utiliser, à supposer qu’il soit autorisé à l’utiliser, pour démontrer la culpabilité du témoin, c’est-à-dire pour prouver ou pour l’aider à prouver l’un ou plusieurs des éléments constitutifs de l’infraction reprochée au témoin lors de son procès ultérieur. Le témoignage antérieur que le ministère public ne pourrait pas utiliser dans un procès ultérieur pour démontrer que le témoin est coupable de l’infraction qui lui est reprochée ne constitue pas un « témoignage incriminant ».

La simple possibilité qu’un témoignage par ailleurs « non incriminant » devienne un témoignage « incriminant » si le ministère public prenait les mesures supplémentaires nécessaires pour qu’il le devienne ne suffit pas pour que l’art. 13 s’applique. L’utilisation du témoignage donné par N à l’interrogatoire préalable pour attaquer sa crédibilité, sans plus, ne suffirait pas à le rendre incriminant. Ce témoignage conserverait ses caractéristiques initiales et ne deviendrait pas un témoignage à partir duquel les juges des faits pourraient inférer la culpabilité.

While it is true that N's inconsistent discovery evidence might lead the triers of fact to reject his trial testimony, rejection of an accused's testimony does not create evidence for the Crown — any more than the rejection of an accused's alibi evidence does, absent a finding on independent evidence, that the alibi has been concocted.

On this construction of s. 13, neither the truthful witness nor the perjurer need be concerned that any incriminating evidence given by them at a prior proceeding will be used against them, for any purpose, at a subsequent proceeding for anything other than perjury.

While this approach might impinge ever so slightly on clarity and predictability, clarity and predictability should not be pursued at the expense of rewriting s. 13 to remove critical words that alter the meaning of the section and impermissibly extend its protection beyond its intended purpose. Trial judges will have little difficulty deciding whether evidence put forward by the Crown meets the test for “incriminating” evidence as defined. It would of course be incumbent on trial judges to provide juries with clear instructions as to the use they could make of the evidence given at the prior proceeding.

On its own, N's discovery testimony could not have been used by the Crown to prove or assist in proving one or more of the essential elements of the criminal charges he was facing. While his inconsistent discovery evidence might lead the triers of fact to reject his trial testimony, rejection of an accused's testimony does not create evidence for the Crown.

*Per* LeBel, Fish and Cromwell JJ. (dissenting): The right against self-incrimination lies at the heart of our justice system and is enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is intimately linked to the right to stand silent in the face of one's accuser, to the presumption of innocence and to the notion that the Crown must prove its case beyond a reasonable doubt without any assistance from the accused.

Section 13 only applies when the *quid pro quo* is engaged: a witness's evidence is compelled in exchange for a guarantee that the Crown will not use that evidence against that person if another proceeding is engaged. The focus of the s. 13 analysis should be on compulsion. Evidence should be treated as compelled where there is a statutory route by which the witness could be compelled to give evidence. Whether or not

Certes, il se pourrait que le témoignage initial incompatible de N amène les juges des faits à rejeter son témoignage à son procès, mais le rejet du témoignage de l'accusé ne constitue pas pour autant un élément de preuve à charge — pas plus que le rejet de l'alibi d'un accusé n'en constitue un, à moins qu'une preuve indépendante ne mène à la conclusion que l'alibi a été fabriqué.

Selon cette interprétation de l'art. 13, ni le témoin sincère ni le parjure n'ont à s'inquiéter de la possibilité que leur témoignage incriminant donné dans une procédure antérieure soit utilisé contre eux, à quelque fin que ce soit, dans une procédure ultérieure autrement que relativement à une accusation de parjure.

Bien que cette interprétation puisse porter atteinte à la clarté et à la prévisibilité, ne serait-ce que légèrement, la recherche de la clarté et de la prévisibilité ne saurait justifier que l'on récrive l'art. 13 pour en retrancher des mots déterminants dont la suppression modifierait le sens de cette disposition et étendrait indûment la portée de la protection qu'elle offre au-delà des fins qu'elle est censée servir. Les juges n'auront guère de difficulté lors du procès à déterminer si un témoignage que le ministère public entend utiliser est « incriminant » selon la définition qui en a été donnée. Le juge du procès devrait bien entendu donner au jury des directives claires sur l'utilisation qu'il pourrait faire du témoignage initial.

En soi, le témoignage fourni à l'interrogatoire préalable par N n'aurait pas pu être utilisé par le ministère public pour prouver ou pour l'aider à prouver l'un ou plusieurs des éléments essentiels des infractions dont il était inculpé. Il se pourrait que le témoignage initial contradictoire de N amène les juges des faits à rejeter son témoignage à son procès, mais le rejet du témoignage d'un accusé ne constitue pas un élément de preuve à charge.

*Les juges* LeBel, Fish et Cromwell (dissidents) : Le droit de ne pas s'incriminer constitue un principe fondamental de notre système de justice et il est consacré dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il est étroitement lié au droit de garder le silence face à son accusateur, à la présomption d'innocence et à la notion que le ministère public doit prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable sans l'aide de l'accusé.

L'article 13 ne s'applique que lorsqu'il y a *quid pro quo* : un témoin est contraint de témoigner en échange de la garantie que le ministère public n'utilisera pas ce témoignage contre lui dans une autre instance. L'analyse requise par l'art. 13 doit porter principalement sur la contrainte. Un témoignage est forcé lorsque la loi offre un moyen de contraindre le témoin à témoigner. Que ce moyen ait été utilisé ou non ne change pas le fait qu'il

that route is actually taken does not change the fact that it was available and could have been taken. It would be unprincipled to give a lesser degree of *Charter* protection to a witness who testifies willingly than to a witness who must be subpoenaed or otherwise forced to give evidence, if both could have been statutorily compelled to testify in any event.

Similarly, the focus should not be on the nature of the statements. While s. 13 refers to using “incriminating statements” to “incriminate”, parsing an accused person’s testimony to distinguish what is “incriminating” from what is “innocuous” in order to determine on what parts of his or her testimony the accused may be cross-examined might result in a protracted and unpredictable classification exercise. That distinction is just as unworkable as the previously abolished distinction between using prior compelled testimony to impeach credibility and using it to incriminate the accused. It is especially difficult to draw that distinction because the focus of the right against self-incrimination is on the second proceedings, the time at which the previous testimony is sought to be used, rather than the time at which it is given. Any evidence that may assist the Crown in proving its case will have an incriminating effect and must therefore be subject to s. 13 protection.

The protection afforded by s. 13 is not lost when a witness gives what is perceived to be dishonest testimony. Although the *quid pro quo* is meant to encourage full and frank evidence, s. 13, in the context of the greater balancing of interests embodied in the *Charter*, dictates that the truth-seeking function of the trial give way to the right of the accused against self-incrimination. The *quid pro quo* is not a “contract” with a witness that can be nullified if the witness lies under oath. Prior compelled evidence can be used in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence. Laying criminal charges for perjury is the appropriate way to deal with witnesses who tailor their evidence to suit their needs in each particular proceeding without diluting the *Charter* rights of the accused. This approach maintains respect for the administration of justice while fully preserving the s. 13 right of the accused. It also avoids the need to conduct a *voir dire*, which would encumber the trial process, render the scope of s. 13 dubious in theory and uncertain in practice, discourage full and frank testimony, and reduce the scope of the s. 13 protection that previously compelled witnesses have had since *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609.

existe et qu’il aurait pu être utilisé. Il serait contraire aux principes établis d’accorder au témoin qui offre de témoigner de son plein gré un degré de protection moindre en vertu de la *Charte* qu’au témoin qui est assigné ou autrement forcé de témoigner, dans le cas où ils auraient tous les deux pu être de toute façon forcés de témoigner en application de la loi.

De même, l’analyse ne doit pas porter sur la nature des déclarations. Bien que l’art. 13 vise l’utilisation des « déclarations incriminantes » d’une personne pour « l’incriminer », scruter le témoignage d’un accusé pour différencier ses déclarations « incriminantes » de ses déclarations « inoffensives », de façon à déterminer les questions sur lesquelles pourrait porter son contre-interrogatoire, mènerait à un exercice de classification qui peut durer longtemps et donner un résultat imprévisible. Cette distinction mène tout autant à des impasses fonctionnelles que celle qui a déjà été abolie, entre l’utilisation d’un témoignage antérieur forcé pour attaquer la crédibilité de l’accusé et son utilisation pour l’incriminer. Il est particulièrement difficile de faire cette distinction parce que le droit de ne pas s’incriminer vise principalement les secondes procédures, la date où l’on cherche à utiliser le témoignage antérieur, plutôt que celle où il a été donné. Tout témoignage susceptible de concourir à prouver les allégations du ministère public aura un effet incriminant et doit donc être protégé par l’art. 13.

Le témoin qui ne semble pas faire une déposition honnête n’est pas privé de la protection offerte par l’art. 13. Bien que le *quid pro quo* vise à favoriser un témoignage complet et sincère, l’art. 13 commande, dans le contexte de la pondération générale des intérêts consacrés dans la *Charte*, que la fonction de recherche de la vérité du procès cède le pas au droit de l’accusé de ne pas s’incriminer. Le *quid pro quo* n’est pas un « contrat » conclu avec le témoin, qui peut être annulé si le témoin ment sous serment. Les témoignages antérieurs forcés peuvent être utilisés dans des poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires. Le dépôt d’une accusation criminelle de parjure est la mesure à prendre à l’égard de témoins qui façonnent leur preuve de manière à répondre à leurs besoins dans chaque instance, sans qu’il soit porté atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l’accusé. Cette façon de faire maintient le respect envers l’administration de la justice, tout en préservant le droit que l’art. 13 confère à l’accusé. Elle élimine aussi la nécessité de tenir un *voir-dire* qui alourdirait le processus judiciaire et rendrait la portée de l’art. 13 douteuse en théorie et incertaine en pratique, découragerait un témoignage complet et sincère et réduirait la portée de la protection dont les personnes qui ont été contraintes à témoigner bénéficiaient en vertu de l’art. 13 depuis l’arrêt *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609.

In this case, N was statutorily compellable to be examined for discovery, and therefore “compelled” within the meaning of *Henry* and for the purposes of s. 13. Whether he freely decided to attend the discovery proceeding is irrelevant because rule 31.04(2) of the Ontario *Rules of Civil Procedure* compels a defendant in a civil action to be examined for discovery. Failing to file a statement of defence would not have allowed N to avoid coming within the grasp of the procedural rules that would compel his evidence, so whether he was actually noted in default is irrelevant. Despite the rather blatant inconsistencies in his testimony, s. 13 dictates that the truth-seeking function of the trial give way to the right of the accused against self-incrimination.

### Cases Cited

By Moldaver J.

**Referred to:** *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445.

By LeBel J. (dissenting)

*R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433; *Juman v. Doucette*, 2008 SCC 8, [2008] 1 S.C.R. 157; *Attorney General for Quebec v. Begin*, [1955] S.C.R. 593; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; *R. v. Allen*, 2003 SCC 18, [2003] 1 S.C.R. 223; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Copthorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 5.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 11(c), 13.  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 31.04(2).

### Authors Cited

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.  
Sankoff, Peter. “*R. v. Nedelcu*: The Role of Compulsion in Excluding Incriminating Prior Testimony under Section 13 of the *Charter*” (2011), 83 C.R. (6th) 55.

En l’espèce, N était un témoin contraignable en vertu de la loi lors de l’interrogatoire préalable et, par conséquent, un témoin « forcé » au sens de l’arrêt *Henry* et pour l’application de l’art. 13. Le fait qu’il a librement décidé de se soumettre à l’interrogatoire préalable n’est pas pertinent, parce que la règle 31.04(2) des *Règles de procédure civile* de l’Ontario contraint le défendeur dans une affaire civile à subir un interrogatoire préalable. Le défaut de déposer une défense n’aurait pas permis à N d’éviter de s’assujettir aux règles procédurales au terme desquelles il serait contraint de témoigner, de sorte qu’il n’est pas pertinent de savoir s’il a effectivement été constaté en défaut. Malgré les incompatibilités plutôt flagrantes dans le témoignage de N, l’art. 13 veut que la fonction de recherche de la vérité du procès criminel cède le pas à son droit de ne pas s’incriminer.

### Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445.

Citée par le juge LeBel (dissident)

*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433; *Juman c. Doucette*, 2008 CSC 8, [2008] 1 R.C.S. 157; *Attorney General for Quebec c. Begin*, [1955] R.C.S. 593; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *R. c. Allen*, 2003 CSC 18, [2003] 1 R.C.S. 223; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Copthorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11c), 13.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 5.  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 31.04(2).

### Doctrine et autres documents cités

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto : Irwin Law, 2011.  
Sankoff, Peter. « *R. v. Nedelcu* : The Role of Compulsion in Excluding Incriminating Prior Testimony under Section 13 of the *Charter* » (2011), 83 C.R. (6th) 55.

Stewart, Hamish. “*Henry* in the Supreme Court of Canada: Reorienting the s. 13 Right against Self-incrimination” (2006), 34 C.R. (6th) 112.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, MacPherson and Armstrong J.J.A.), 2011 ONCA 143, 276 O.A.C. 106, 269 C.C.C. (3d) 1, 83 C.R. (6th) 41, 227 C.R.R. (2d) 364, 7 M.V.R. (6th) 10, 5 C.P.C. (7th) 16, [2011] O.J. No. 795 (QL), 2011 CarswellOnt 1090, setting aside the conviction for dangerous driving causing bodily harm entered by O’Connor J. (2007), 60 M.V.R. (5th) 186, 2007 CanLII 54970, [2007] O.J. No. 4906 (QL), 2007 CarswellOnt 8205, and ordering a new trial. Appeal allowed, LeBel, Fish and Cromwell J.J. dissenting.

*Michal Fairburn* and *Randy Schwartz*, for the appellant.

*P. Andras Schreck* and *Candice Suter*, for the respondent.

*Sylvain Leboeuf* and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Barbara A. McIsaac, Q.C.*, *Jacquie El-Chammas* and *Frank Addario*, for the intervener the Advocates’ Society.

*Scott C. Hutchison* and *Edward Marrocco*, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis J.J. was delivered by

[1] MOLDAVER J. — I have had the privilege of reading Justice LeBel’s reasons for judgment and I agree with him on the issue of compulsion. In particular, I accept his conclusion, at para. 109, that Mr. Nedelcu “was statutorily compellable, and therefore ‘compelled’ . . . for the purposes of s. 13 [of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*]” to testify at his examination for discovery in the civil action.

Stewart, Hamish. « *Henry* in the Supreme Court of Canada : Reorienting the s. 13 Right against Self-incrimination » (2006), 34 C.R. (6th) 112.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Weiler, MacPherson et Armstrong), 2011 ONCA 143, 276 O.A.C. 106, 269 C.C.C. (3d) 1, 83 C.R. (6th) 41, 227 C.R.R. (2d) 364, 7 M.V.R. (6th) 10, 5 C.P.C. (7th) 16, [2011] O.J. No. 795 (QL), 2011 CarswellOnt 1090, qui a annulé la déclaration de culpabilité de conduite dangereuse causant des lésions corporelles inscrite par le juge O’Connor (2007), 60 M.V.R. (5th) 186, 2007 CanLII 54970, [2007] O.J. No. 4906 (QL), 2007 CarswellOnt 8205, et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges LeBel, Fish et Cromwell sont dissidents.

*Michal Fairburn* et *Randy Schwartz*, pour l’appelante.

*P. Andras Schreck* et *Candice Suter*, pour l’intimé.

*Sylvain Leboeuf* et *Gilles Laporte*, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

*Barbara A. McIsaac, c.r.*, *Jacquie El-Chammas* et *Frank Addario*, pour l’intervenante Advocates’ Society.

*Scott C. Hutchison* et *Edward Marrocco*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver et Karakatsanis rendu par

[1] LE JUGE MOLDAVER — J’ai eu le privilège de lire les motifs du juge LeBel et je suis d’accord avec lui sur la question de la contrainte. Tout particulièrement, je souscris à sa conclusion, au par. 109, selon laquelle M. Nedelcu « était un témoin contraignable en vertu de la loi et, par conséquent, un témoin “forcé” [. . .] pour l’application de l’art. 13 [de la *Charte canadienne des droits et libertés*] » en ce qui a trait à sa déposition à l’interrogatoire préalable dans le cadre de l’action civile.

[2] Where I part company with my colleague is on the interpretation of s. 13 and in particular, its application to the facts of this case. In my respectful view, s. 13 was never meant to apply to a case such as this — and I am convinced it does not. This Court’s decision in *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, does not provide otherwise.

[3] My colleague has canvassed *Henry* in detail and I see no need to retrace his steps. Fundamentally, as he observes at para. 81 of his reasons, the Court in *Henry* outlined “a unified approach to s. 13, one based on the historical rationale underlying s. 13 — the *quid pro quo*”. I take no issue with that observation.

[4] The difficulty I have with the present case is that there was no “*quid*” for there to be a “*quo*” — and hence, in my view, s. 13 was never engaged. I would accordingly allow the appeal.

[5] Section 13 of the *Charter* reads as follows:

**13.** A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

[6] As I read the section, the “*quid*” that forms the critical first branch of the historical rationale, refers to “incriminating evidence” the witness has given at a prior proceeding in which the witness could not refuse to answer. The section does not refer to all manner of evidence the witness has given at the prior proceeding. It refers to “incriminating evidence” the witness has given under compulsion.

[7] The “*quo*” refers to the state’s side of the bargain. In return for having compelled the witness to testify, to the extent the witness has provided “incriminating evidence”, the state undertakes that it will not use *that* evidence to incriminate the witness in any other proceeding, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

[2] Toutefois, je diverge d’opinion avec mon collègue sur l’interprétation de l’art. 13 et, tout particulièrement, sur son application aux faits de l’espèce. J’estime, en toute déférence, que l’art. 13 n’a jamais été censé s’appliquer dans un tel cas — et je suis convaincu qu’il ne s’applique pas. La Cour ne statue pas autrement dans l’arrêt *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609.

[3] Mon collègue a examiné l’arrêt *Henry* en détail. Je ne vois pas l’utilité de reprendre son analyse. Essentiellement, comme il le fait remarquer au par. 81 de ses motifs, la Cour établit, dans *Henry*, « une approche unifiée à l’égard de l’art. 13, fondée sur la justification historique qui le sous-tend, soit le *quid pro quo* ». Je ne suis pas en désaccord avec cette constatation.

[4] Selon moi, le problème en l’espèce tient à ce qu’il n’y a pas eu de « *quid* » en échange duquel il pourrait y avoir un « *quo* » — de sorte que, selon moi, l’art. 13 n’est jamais entré en jeu. Je suis donc d’avis d’accueillir l’appel.

[5] L’article 13 de la *Charte* est ainsi rédigé :

**13.** Chacun a droit à ce qu’aucun témoignage incriminant qu’il donne ne soit utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

[6] Selon mon interprétation de cette disposition, le « *quid* » — le premier volet, capital, de sa justification historique — correspond au « témoignage incriminant » donné lors d’une procédure initiale lors de laquelle le témoin n’avait pas le droit de refuser de répondre. Cette disposition ne vise pas toutes les sortes de témoignages antérieurs. Elle vise seulement le « témoignage incriminant » que le témoin a été contraint de donner.

[7] Le « *quo* » correspond à la part du marché fournie par le ministère public. Après avoir contraint une personne à témoigner, l’État s’engage en retour — dans la mesure où cette personne a donné un « témoignage incriminant » — à ne pas utiliser *ce* témoignage pour l’incriminer dans d’autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou témoignages contradictoires.

[8] Thus, a party seeking to invoke s. 13 must first establish that he or she gave “incriminating evidence” under compulsion at the prior proceeding. If the party fails to meet these twin requirements, s. 13 is not engaged and that ends the matter.

[9] What then is “incriminating evidence”? The answer, I believe, should be straightforward. In my view, it can only mean evidence given by the witness at the prior proceeding that the Crown could use at the subsequent proceeding, if it were permitted to do so, to prove guilt, i.e., to prove or assist in proving one or more of the essential elements of the offence for which the witness is being tried.

[10] In *Henry*, at para. 25, Justice Binnie adopted the following definition of “incriminating evidence” from this Court’s earlier decision in *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, at p. 633: “Incriminating evidence means ‘something “from which a trier of fact may infer that an accused is guilty of the crime charged””.

[11] While that definition of “incriminating evidence” is framed somewhat differently than the definition I am proposing, one thing is clear — the *Kuldip* definition did not include evidence from the prior proceeding that the Crown wished to use for the sole purpose of impeaching the witness’s testimony at the subsequent proceeding. Indeed, *Kuldip* affirmed, without qualification, that the witness’s evidence from the prior proceeding could be used for that purpose. And that is how things stood for 12 years, until 2002, when this Court in *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433, qualified the rule — correctly in my view — in a way that does not read the words “incriminating evidence” out of s. 13. At para. 47 of *Noël*, Arbour J. stated, for the majority:

If the original evidence was not incriminating, the *quid pro quo* was never engaged, and the witness cannot ask of the state that he be prevented from being cross-examined as to his credibility should he assert matters differently in a subsequent proceeding, even if the

[8] Par conséquent, la partie qui invoque l’art. 13 doit d’abord démontrer qu’elle a été contrainte de donner un « témoignage incriminant » dans la procédure initiale. Si elle ne satisfait pas à cette double exigence, l’art. 13 ne s’applique pas et le débat est clos.

[9] En quoi consiste donc un « témoignage incriminant »? À mon avis, la réponse devrait être simple. Cette expression ne peut s’entendre que du témoignage que le témoin a fourni lors d’une procédure initiale et que le ministère public pourrait utiliser, à supposer qu’il soit autorisé à l’utiliser, pour démontrer la culpabilité du témoin, c’est-à-dire pour prouver ou pour l’aider à prouver l’un ou plusieurs des éléments constitutifs de l’infraction reprochée au témoin lors de son procès ultérieur.

[10] Dans l’arrêt *Henry*, par. 25, le juge Binnie reprend la définition d’un « témoignage incriminant » énoncée par la Cour dans *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, p. 633 : « On qualifie d’incriminant un élément qui “pourrait faire conclure au juge des faits que l’accusé est coupable du crime allégué” ».

[11] Bien que cette définition d’un « témoignage incriminant » soit formulée en des termes quelque peu différents de ceux que je propose, une chose est claire : la définition donnée dans *Kuldip* n’englobe pas le témoignage initial que le ministère public désire utiliser dans une procédure ultérieure dans le seul but d’attaquer la crédibilité du témoin. En effet, dans *Kuldip*, la Cour a affirmé, sans réserve, que le témoignage donné antérieurement pouvait être utilisé à cette fin. Et les choses en sont restées là pendant douze ans, soit jusqu’à l’arrêt *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433, qui est venu préciser la règle, à bon droit selon moi, de façon que l’on n’interprète pas l’art. 13 en faisant abstraction des mots « témoignage incriminant ». Pour reprendre les propos de la juge Arbour, au par. 47, dans l’opinion majoritaire :

Si le témoignage initial n’était pas incriminant, il n’y a jamais eu attribution d’une contrepartie et le témoin ne peut demander à l’État d’être soustrait à un contre-interrogatoire quant à sa crédibilité s’il donne une version différente des faits dans une procédure subséquente,



ultimate effect of that subsequent cross-examination may be adverse to his interest. This is consistent with the language of s. 13 which grants to every witness the right not to have any “incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings”. [Emphasis in original.]

[12] The pertinent facts in *Noël* are straightforward. Noël was called as a Crown witness at his brother’s trial for murder. In his testimony at that trial, he admitted to being his brother’s accomplice in the murder of a little boy. Noël was later charged with the same murder. At his trial, he took the stand and denied any participation in the murder. The Crown was then permitted to cross-examine him at length on the incriminating statements he had made during his brother’s trial.

[13] Arbour J., writing for the majority, ruled that the cross-examination was improper and in violation of Noël’s rights under s. 13 of the *Charter* because “the risk of misuse of the incriminating evidence given by [Noël] at his brother’s trial, [though] introduced . . . purportedly to challenge his credibility, was overwhelming and could not have been alleviated by any instructions” (para. 20).

[14] The evidence given by Noël at his brother’s trial fits squarely within the meaning of “incriminating evidence” as I have defined it. His admission that he participated with his brother in the murder of a young boy was clearly evidence that the Crown could have led at Noël’s trial, if permitted to do so, to prove his guilt on the charge of murder for which he was now being tried. And it is because the evidence was “incriminating” that it passed the first step (the “*quid*”) required to trigger the application of s. 13.

[15] There are two schools of thought as to whether the use of Noël’s testimony from his brother’s trial to impeach his testimony at his own trial can be distinguished from its use to incriminate him. That is a debate upon which reasonable people can and do disagree. I need not engage in it here. For present purposes, suffice it to say that

même si l’effet ultime de ce contre-interrogatoire peut être préjudiciable à ses intérêts. Cette règle est compatible avec le libellé de l’art. 13 qui confère à tout témoin le droit à ce qu’aucun « témoignage incriminant qu’il donne ne soit utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures ». [Souligné dans l’original.]

[12] Les faits pertinents à l’origine de l’affaire *Noël* ne sont pas compliqués. Contraint de témoigner au procès de son frère accusé du meurtre d’un jeune garçon, M. Noël a admis sa complicité dans le crime. Il a par la suite été accusé du même meurtre. À son procès, il a témoigné et il a nié toute participation au crime. Le ministère public a alors été autorisé à le contre-interroger en détail sur le témoignage incriminant qu’il avait fourni au cours du procès de son frère.

[13] Au nom des juges majoritaires, la juge Arbour a conclu que le contre-interrogatoire contrevenait aux droits garantis à M. Noël par l’art. 13 de la *Charte*, car « il exist[ait] un immense risque d’utilisation abusive du témoignage incriminant rendu par [M. Noël] au procès de son frère, [même s’il a été] déposé [. . .] censément pour attaquer sa crédibilité, et [. . .] ce risque ne pouvait être atténué par quelque directive que ce soit » (par. 20).

[14] Le témoignage fourni par M. Noël au procès de son frère répond parfaitement à la définition d’un « témoignage incriminant » que j’ai énoncée plus tôt. L’aveu fait par M. Noël de sa participation au meurtre du jeune garçon commis par son frère constitue de toute évidence le genre de preuve que le ministère public aurait pu présenter au procès de M. Noël, à supposer qu’il soit autorisé à l’utiliser, pour démontrer sa culpabilité à l’infraction de meurtre dont il était inculpé. C’est parce que son témoignage était « incriminant » que le premier volet (le « *quid* ») du critère d’application de l’art. 13 était rempli.

[15] Il existe deux écoles de pensée pour ce qui est de la possibilité de distinguer l’utilisation du témoignage donné par M. Noël au procès de son frère selon qu’elle vise à attaquer sa crédibilité à son propre procès ou à l’incriminer. Des personnes raisonnables peuvent diverger et divergent effectivement d’opinion sur la question. Point n’est

if the evidence used to impeach meets the test for “incriminating evidence” as I have defined it, then I am prepared to accept, *per Henry*, at para. 50, that in practice it may be difficult for triers of fact to work with that distinction. Hence, the Crown should not be able to use it for any purpose at the witness’s subsequent trial. That in my view is the “*quo*” that forms the second half of s. 13. Apart from using it in a prosecution for perjury or for giving contradictory evidence, it will be off limits to the Crown.

[16] The law is clear and I accept it to be so, that the time for determining whether the evidence given at the prior proceeding may properly be characterized as “incriminating evidence” is the time when the Crown seeks to use it at the subsequent hearing. (See *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at pp. 363-64.) That, however, does not detract from my contention that the evidence to which s. 13 is directed is not “any evidence” the witness may have been compelled to give at the prior proceeding, but evidence that the Crown could use at the subsequent proceeding, if permitted to do so, to prove the witness’s guilt on the charge for which he or she is being tried.

[17] In so concluding, I recognize that there will be instances where evidence given at the prior proceeding, though seemingly innocuous or exculpatory at the time, may become “incriminating evidence” at the subsequent proceeding, thereby triggering the application of s. 13.

[18] Take for example, the witness who, at the trial of a third party for robbery, admits to having been present at the scene of the crime but denies any involvement in it. If the witness is subsequently charged with the same robbery and testifies that he was not present when the robbery occurred, his evidence from the prior proceeding, though innocuous at the time, will have taken on new meaning. For purposes of s. 13, it would now be treated as

besoin en l’espèce de s’y attarder. Pour trancher le pourvoi, il suffit de dire que, si le témoignage utilisé pour attaquer la crédibilité du témoin est un « témoignage incriminant » selon la définition que j’ai énoncée, je suis disposé à accepter la constatation faite dans *Henry*, par. 50, selon laquelle les juges des faits peuvent avoir de la difficulté à appliquer cette distinction en pratique. Par conséquent, le ministère public ne devrait pas être autorisé à présenter ce témoignage à quelque fin que ce soit au procès ultérieur du témoin. À mon avis, voilà en quoi consiste le « *quo* » qui forme le second volet de l’art. 13. Le ministère public ne peut pas se servir de ce témoignage, sauf dans une poursuite pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

[16] Il est clairement établi en droit et je reconnais que, pour déterminer si le témoignage donné dans la procédure initiale peut à juste titre être qualifié de « témoignage incriminant », il faut se situer au moment où le ministère public tente de l’utiliser dans une poursuite ultérieure. (Voir *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, p. 363-364.) Cette constatation n’enlève cependant rien à mon opinion que l’art. 13 vise, non pas « tout témoignage » que le témoin pourrait avoir été contraint de fournir initialement, mais un témoignage que le ministère public pourrait utiliser au procès ultérieur du témoin, à supposer qu’il soit autorisé à l’utiliser, pour démontrer que le témoin est coupable de l’infraction qui lui est reprochée à son procès.

[17] Je reconnais ainsi la possibilité qu’un témoignage antérieur qui pouvait sembler inoffensif, voire disculpatoire à l’époque, devienne un « témoignage incriminant » dans le cadre d’une poursuite ultérieure et emporte l’application de l’art. 13.

[18] Prenons par exemple le témoin qui admet, au procès d’un tiers pour vol qualifié, s’être trouvé sur les lieux du crime, mais nie y avoir participé. Si ce témoin est plus tard accusé du même vol, et s’il affirme alors ne pas avoir été présent au moment de la perpétration du vol, son témoignage initial, même s’il semblait inoffensif à l’époque, aura pris une tout autre signification. Il s’agirait alors d’un « témoignage incriminant » au sens où il faut

“incriminating evidence” because it is evidence that the Crown could use at the witness’s robbery trial, if permitted to do so, to prove the essential element of identity. And that is where s. 13 comes in. It precludes the Crown from introducing it for any purpose, whether as part of its case to prove identity or as a means of impeaching the witness’s testimony.

[19] Manifestly, I take a different view where the evidence given by the witness at the prior proceeding could not be used by the Crown at the subsequent proceeding to prove the witness’s guilt on the charge for which he or she is being tried. In such circumstances, because the prior evidence is not “incriminating evidence”, there can be no “*quid*” for purposes of s. 13 — and because there is no “*quid*”, no “*quo*” is owed in return. The case at hand provides a classic example of this.

[20] On its own, Mr. Nedelcu’s “I . . . remember nothing” testimony from his discovery could not have been used by the Crown to prove or assist in proving one or more of the essential elements of the criminal charges he was facing — dangerous driving causing bodily harm and impaired driving causing bodily harm. I say “on its own” because in theory, if the Crown were able to prove that Mr. Nedelcu had concocted his discovery evidence with a view to deliberately misleading the court and obstructing the course of justice, that finding would constitute evidence of consciousness of guilt from which the trier of fact could, if it chose to, infer guilt.

[21] But realistically, that scenario is one with which we need not be concerned. Any attempt on the Crown’s part to convert Mr. Nedelcu’s “non-incriminating” evidence from the discovery into potentially “incriminating evidence” at his criminal trial would trigger the application of s. 13 and the protection afforded by it. And that would be self-defeating. It would disentitle the Crown from being able to use Mr. Nedelcu’s “non-incriminating”

l’entendre pour l’application de l’art. 13, car il s’agit d’un témoignage que le ministère public pourrait utiliser au procès du témoin pour vol qualifié, à supposer qu’il soit autorisé à l’utiliser, pour établir un élément essentiel, soit l’identité. Et c’est à cette étape qu’intervient l’art. 13 : il empêche le ministère public de présenter ce témoignage à quelque fin que ce soit, peu importe qu’il veuille ainsi établir l’identité ou attaquer la crédibilité de l’accusé.

[19] De toute évidence, je ne vois pas du même œil le témoignage qui a été fourni dans la procédure initiale et que le ministère public ne pourrait pas utiliser dans un procès ultérieur pour démontrer que le témoin est coupable de l’infraction qui lui est reprochée. Dans ce cas, le témoignage initial n’étant pas un « témoignage incriminant », il n’y a aucun « *quid* » pour l’application de l’art. 13 — et sans « *quid* », aucun « *quo* » n’est exigible en échange. La présente espèce en constitue un exemple classique.

[20] En soi, le témoignage fourni à l’interrogatoire préalable par M. Nedelcu — « Je ne me souviens de rien » — n’aurait pas pu être utilisé par le ministère public pour prouver ou pour l’aider à prouver l’un ou plusieurs des éléments essentiels des infractions dont il était inculpé, soit conduite dangereuse causant des lésions corporelles et conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles. Je précise « en soi », car en théorie, si le ministère public était en mesure de prouver que M. Nedelcu avait fabriqué son témoignage initial dans l’intention délibérée de tromper le tribunal et d’entraver le cours de la justice, cette conclusion démontrerait la conscience de culpabilité, à partir de laquelle le juge des faits pourrait, s’il en décidait ainsi, inférer la culpabilité de M. Nedelcu.

[21] En réalité, il n’est toutefois pas nécessaire de se préoccuper d’un tel scénario. En effet, toute tentative par le ministère public de transformer le témoignage « non incriminant » fourni par M. Nedelcu lors de l’interrogatoire préalable, pour en faire éventuellement un « témoignage incriminant » à son procès criminel, entraînerait l’application de l’art. 13 et de la protection qu’il confère. Ce serait une stratégie contre-productive, car le

discovery evidence for impeachment purposes — the sole purpose of the exercise. In short, the Crown would know that it could not suggest in cross-examination that the prior evidence had been concocted, nor could it lead any evidence to that effect.

[22] The mere possibility that evidence, which is otherwise “non-incriminating”, can be converted into “incriminating” evidence if the Crown were to take the added steps needed to make it so, is not enough to trigger the application of s. 13. The use of Mr. Nedelcu’s discovery evidence to test his credibility, and nothing else, could not convert his discovery evidence into incriminating evidence. The discovery evidence would retain its original characteristics and it would not become evidence from which the triers of fact could infer guilt.

[23] While it is true that Mr. Nedelcu’s inconsistent discovery evidence might lead the triers of fact to reject his trial testimony, rejection of an accused’s testimony does not create evidence for the Crown — any more than the rejection of an accused’s alibi evidence does, absent a finding on independent evidence, that the alibi has been concocted. (See *R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445, at paras. 61-67.) As Arbour J. observed at para. 67 of *Hibbert*:

A disbelieved alibi is insufficient to support an inference of concoction or deliberate fabrication. There must be other evidence from which a reasonable jury could conclude that the alibi was deliberately fabricated and that the accused was involved in that attempt to mislead the jury.

[24] In the present context, it would of course be incumbent on trial judges to provide juries with clear instructions as to the use they could make of the evidence given at the prior proceeding, similar to the instructions that trial judges have been providing in cases where an accused has given alibi evidence. Thus, in Mr. Nedelcu’s case, unless

ministère public perdrait alors le droit d’utiliser le témoignage « non incriminant » de M. Nedelcu pour attaquer sa crédibilité — le seul but de l’exercice. Bref, le ministère public saurait qu’il ne pourrait pas insinuer en contre-interrogatoire que le témoignage initial a été fabriqué, ni présenter d’éléments de preuve à cet effet.

[22] La simple possibilité qu’un témoignage par ailleurs « non incriminant » devienne un témoignage « incriminant » si le ministère public prenait les mesures supplémentaires nécessaires pour qu’il le devienne ne suffit pas pour que l’art. 13 s’applique. Utiliser le témoignage fourni par M. Nedelcu lors de l’interrogatoire préalable pour attaquer sa crédibilité, sans plus, ne suffirait pas à rendre ce témoignage incriminant. Le témoignage issu de l’interrogatoire préalable conserverait ses caractéristiques initiales et ne deviendrait pas un témoignage à partir duquel les juges des faits pourraient inférer la culpabilité.

[23] Certes, il se pourrait que le témoignage initial incompatible de M. Nedelcu amène les juges des faits à rejeter son témoignage à son procès, mais le rejet du témoignage de l’accusé ne constitue pas pour autant un élément de preuve à charge — pas plus que le rejet de l’alibi d’un accusé n’en constitue un, à moins qu’une preuve indépendante ne mène à la conclusion que l’alibi a été fabriqué. (Voir *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445, par. 61-67.) Comme le fait remarquer la juge Arbour dans *Hibbert* :

Un alibi auquel on n’ajoute pas foi n’est pas suffisant pour étayer une conclusion d’invention ou de fabrication délibérée. Il doit y avoir d’autres éléments de preuve qui permettraient à un jury raisonnable de conclure que l’alibi a été fabriqué délibérément et que l’accusé a participé à cette tentative d’induire le jury en erreur. [par. 67]

[24] Dans un cas comme celui-ci, le juge du procès devrait bien entendu donner au jury des directives claires sur l’utilisation qu’il pourrait faire du témoignage initial, semblables aux directives que reçoit le jury lorsqu’un accusé a fourni un alibi. Par conséquent, en l’espèce, le jury serait informé qu’il peut utiliser le témoignage donné à

he were to adopt his discovery evidence, the jury would be told that they could not use his discovery evidence for its truth, but only to test his credibility and for no other purpose. The jury would also be told that if they were to reject Mr. Nedelcu's trial evidence, they could not use that rejection to bolster the Crown's case. They would simply remove Mr. Nedelcu's evidence from their consideration. To convict, the jury would have to be satisfied, on the basis of the remaining evidence, that the Crown had proved its case beyond a reasonable doubt.

[25] In sum, I am satisfied that the use of Mr. Nedelcu's non-incriminating discovery evidence for impeachment purposes, and nothing else, could not and did not trigger the application of s. 13.

[26] In my respectful view, *Henry* could not have meant something different. In concluding that a witness's testimony from a prior proceeding could not be used to impeach that witness in a subsequent proceeding, the Court must have been referring to "incriminating evidence" being used for that purpose; it could not have been referring to "non-incriminating" evidence since s. 13 does not concern itself with that type of evidence.

[27] To take an obvious example, assume that at a prior proceeding, a witness has testified, as part of the narrative, that she got up at 10:00 a.m., had breakfast, went to the corner store for a paper and then returned home. Assume further that none of that information has any bearing on the crime of robbery she is alleged to have committed at 5:00 p.m. later that day. At her subsequent robbery trial, some three years later, she states in chief that she awoke at noon, had nothing to eat and stayed home until 3:00 p.m. As for the robbery itself, she admits to having been at the robbery scene but claims that she could not have been the robber because she was wearing a pink coat that day and all of the witnesses have described the robber as wearing a black coat.

[28] On that example, surely the Crown would not be precluded, on the basis of *Henry*, from

l'interrogatoire préalable par M. Nedelcu, non pas pour en établir la véracité — à moins que l'intimé ne l'ait réitéré —, mais exclusivement pour évaluer sa crédibilité. Il serait également avisé que s'il décidait de ne pas ajouter foi au témoignage fourni par M. Nedelcu à son procès, il ne pourrait pas utiliser ce rejet pour renforcer la thèse du ministère public. Le jury devrait alors simplement ne pas tenir compte du témoignage de M. Nedelcu. Pour rendre un verdict de culpabilité, il devrait être convaincu, à la lumière des autres éléments de preuve, que le ministère public a démontré sa thèse hors de tout doute raisonnable.

[25] En somme, je suis persuadé que l'utilisation du témoignage non incriminant fourni par M. Nedelcu lors de l'interrogatoire préalable pour attaquer sa crédibilité, sans plus, n'emporte pas l'application de l'art. 13.

[26] À mon humble avis, on ne peut interpréter autrement l'arrêt *Henry*. En concluant que le témoignage fourni lors d'une procédure initiale ne peut servir à attaquer la crédibilité de son auteur dans une procédure ultérieure, la Cour faisait nécessairement référence au « témoignage incriminant », par opposition à celui qui n'est pas incriminant, car l'art. 13 ne vise que le premier.

[27] Prenons l'exemple patent de la personne qui, dans son récit des faits lors d'une procédure initiale, aurait témoigné s'être levée à 10 h, avoir déjeuné, être allée acheter un journal au dépanneur, puis être rentrée, et supposons que ces renseignements n'ont aucune incidence sur le vol qualifié qu'on lui reprochera d'avoir perpétré à 17 h le même jour. Trois ans plus tard, à l'interrogatoire principal dans le cadre de son procès pour vol qualifié, elle affirme s'être levée à midi, n'avoir rien avalé et être restée chez elle jusqu'à 15 h. En ce qui concerne le vol qualifié, elle admet s'être trouvée sur les lieux du crime, mais affirme qu'elle ne pouvait pas être l'auteur du vol, car les témoins ont tous affirmé que le voleur était vêtu de noir, alors qu'elle portait ce jour-là un manteau rose.

[28] Dans cet exemple, l'arrêt *Henry* n'empêcherait certainement pas le ministère public de

cross-examining on the apparent inconsistencies relating to her morning activities, with a view to testing the witness's powers of recollection and hence, the overall credibility and reliability of her testimony — particularly as to her ability to remember what she was wearing at the time of the robbery. Using non-incriminating evidence for impeachment purposes does not engage s. 13. And I do not read *Henry* as holding otherwise, even though some of the language used could leave that impression. At para. 50, Binnie J. states: “. . . the prior *compelled* evidence [of the witness] should, under s. 13 . . . , be treated as inadmissible in evidence against the accused, even for the ostensible purpose of challenging his or her credibility, and be restricted (in the words of s. 13 itself) to ‘a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence’” (italics in original).

[29] While Justice Binnie speaks only of “prior compelled evidence”, s. 13 is concerned with prior “incriminating evidence” that has been compelled. It should not be interpreted as referring to “compelled” evidence of *any* kind — and certainly not compelled evidence that was neither incriminating at the time it was given nor incriminating at the witness's subsequent trial. Using Justice Binnie's definition of “incriminating evidence” as “something ‘from which a trier of fact may infer that an accused is guilty of the crime charged’” (*Henry*, para. 25), Mr. Nedelcu's discovery evidence fails to meet that test.

[30] In this case, the Crown sought to use Mr. Nedelcu's “non-incriminating” prior discovery evidence to impeach him. The use of his non-incriminating discovery evidence for that purpose did not convert it into incriminating evidence, i.e., evidence that the Crown could use, if permitted to do so, to prove or assist in proving one or more of the essential elements of the offences upon which Mr. Nedelcu was being tried. As such, s. 13 was not

contre-interroger le témoin sur les contradictions apparentes dans le compte rendu de ses activités matinales pour évaluer sa mémoire et, partant, sa crédibilité générale et la fiabilité de son témoignage, tout particulièrement quant à sa faculté de se rappeler quels vêtements elle portait au moment du vol qualifié. L'utilisation d'un témoignage non incriminant pour attaquer la crédibilité d'un témoin ne donne pas lieu à l'application de l'art. 13. Et j'estime que l'arrêt *Henry* ne prête pas à une autre interprétation, en dépit de l'impression contraire qui pourrait se dégager de certains passages. Ainsi, le juge Binnie affirme, au par. 50, « je conclus donc que le témoignage antérieur *forcé* [du témoin] doit être considéré, [. . .] sous le régime de l'art. 13 [. . .], comme inadmissible en preuve contre l'accusé, même dans le but manifeste d'attaquer sa crédibilité, et que son utilisation doit se limiter, selon les termes mêmes de l'art. 13, aux “poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires” » (en italique dans l'original).

[29] Bien que le juge Binnie emploie l'expression « témoignage antérieur forcé », l'art. 13 concerne le témoignage forcé « incriminant » obtenu antérieurement. Il ne doit pas être interprété comme visant tout témoignage forcé, de *quelque* nature qu'il soit, — et certainement pas du témoignage forcé qui n'était incriminant ni au moment où il a été donné initialement, ni au procès ultérieur du témoin. Or, la déposition de M. Nedelcu à l'interrogatoire préalable ne constitue pas un « témoignage incriminant » selon la définition qu'en donne le juge Binnie, soit « un élément qui “pourrait faire conclure au juge des faits que l'accusé est coupable du crime allégué” » (*Henry*, par. 25).

[30] En l'espèce, le ministère public voulait utiliser le témoignage initial non incriminant de M. Nedelcu pour attaquer sa crédibilité. L'utilisation de ce témoignage non incriminant à cette fin n'en fait pas un témoignage incriminant, c'est-à-dire un témoignage que le ministère public pourrait utiliser, à supposer qu'il soit autorisé à l'utiliser, pour prouver ou l'aider à prouver l'un ou plusieurs des éléments constitutifs des infractions reprochées à

engaged. There was no “*quid*” and, therefore, no “*quo*” for the state to honour.

[31] My colleague, Justice LeBel, takes issue with my conclusion that s. 13 is not engaged here. He maintains that I have misconstrued *Henry* and misinterpreted s. 13. He predicts that the interpretation of s. 13 to which I ascribe will lead to confusion and unpredictability. Courts will be inundated with time-consuming *voir dire*s; the scope of s. 13 will be rendered dubious in theory and uncertain in practice; and the objective of the *quid pro quo*, which is to encourage full and frank testimony, will be undermined.

[32] I propose to address each of these concerns in brief compass.

[33] But first, let me deal with the suggestion that the way in which I interpret s. 13 was not raised by any of the parties or interveners and that it is “entirely contrary to Crown counsel’s submissions before this Court” (para. 127).

[34] At para. 56 of their factum, Ms. Fairburn and Mr. Schwartz, on behalf of the Crown, wrote:

Mr. Nedelcu’s discovery evidence would not even have the potential to incriminate. Properly conceptualized, his discovery evidence was non-evidence: *I remember nothing*. Query whether at common law he could have asserted his silence in relation to this non-evidence. What is incriminating about remembering nothing? Nothing. If the *Henry* interpretation of s. 13 extends even to non-evidence, through the conduit of compulsion, with great respect, this signals a need for change. [Italics in original; underlining added; footnote omitted.]

[35] My reasons address this very issue. They make clear that *Henry* did not extend the protection of s. 13 to non-incriminating evidence — and that those who believed it had were mistaken. While some might like to read the words “incriminating

M. Nedelcu à son procès. Pour cette raison, l’art. 13 ne s’applique pas. En l’absence de « *quid* », l’État n’était pas tenu de fournir un « *quo* ».

[31] Mon collègue, le juge LeBel, conteste ma conclusion que l’art. 13 ne trouve pas application en l’espèce. Selon lui, j’ai mal interprété l’arrêt *Henry* et mon interprétation de l’art. 13 est erronée. Il prédit que l’interprétation que j’attribue à l’art. 13 mènera à la confusion et à l’imprévisibilité. Les tribunaux seront submergés par des voir-dire accaparants; la portée de l’art. 13 sera douteuse en théorie et incertaine en pratique; l’objectif du *quid pro quo* qui consiste à favoriser un témoignage complet et sincère sera compromis.

[32] Je traiterai brièvement de chacune de ces craintes.

[33] Toutefois, je voudrais d’abord répondre à la remarque selon laquelle mon interprétation de l’art. 13 n’a été soulevée par aucune partie ni aucun intervenant et « va directement à l’encontre des observations présentées par le procureur du ministère public devant la Cour » (par. 127).

[34] Au paragraphe 56 de leur mémoire, M<sup>es</sup> Fairburn et Schwartz, représentant le ministère public, ont écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Il n’existe pas la moindre possibilité que le témoignage donné par M. Nedelcu à l’enquête préalable l’incrimine. Perçu comme il se doit, son témoignage à l’enquête préalable ne constitue pas une preuve : *Je ne me souviens de rien*. On peut se demander si la common law lui aurait permis d’invoquer son droit au silence relativement à ce témoignage qui ne constitue pas une preuve. Qu’y a-t-il d’incriminant dans le fait de ne se souvenir de rien? Absolument rien. Si l’interprétation de l’art. 13 découlant de l’arrêt *Henry* s’étend même à un témoignage qui ne constitue pas une preuve, par l’intermédiaire de la contrainte, nous soutenons respectueusement qu’il faut y voir un signe qu’un changement s’impose. [En italique dans l’original; je souligne; note de bas de page omise.]

[35] Mes motifs traitent précisément de cette question. Ils disent clairement que l’arrêt *Henry* n’a pas étendu la portée de la protection offerte par l’art. 13 pour qu’elle s’applique à un témoignage non incriminant — et ceux qui le penseraient font

evidence” out of s. 13, the Court in *Henry* did no such thing.

[36] Turning to my colleague’s prediction that the construction I place on s. 13 will lead to uncertainty and time-consuming *voir dire*s, unlike my colleague, I expect that trial judges will have little trouble discerning whether evidence given by the accused as a witness in a prior proceeding is “incriminating” evidence — that is, evidence that the Crown could use, if permitted to do so, to prove guilt.

[37] Under the test I have proposed, trial judges are not given a discretion. The only added burden on the court will be to qualify the evidence as incriminating or not — hardly a difficult or time-consuming task. Where the evidence the Crown seeks to introduce could be used by the Crown, if it were permitted to do so, to prove guilt — i.e., to prove or assist in proving one or more of the essential elements of the offence for which the witness is being tried — it is not admissible under s. 13 for *any purpose* (other than a prosecution for perjury or giving contradictory evidence).

[38] In sum, far from opening the *voir dire* floodgates, I am confident that trial judges will have little difficulty deciding whether evidence put forward by the Crown meets the test for “incriminating” evidence as I have defined it.

[39] That brings me to the last of my colleague’s concerns — that in construing s. 13 as I have, the objective of the *quid pro quo*, which is to encourage full and frank testimony, will be undermined.

[40] With respect, I do not agree. Full and frank testimony presupposes a witness who wants to tell

erreur. Si certains aimeraient faire abstraction des mots « témoignage incriminant » en interprétant l’art. 13, la Cour n’a rien fait de semblable dans *Henry*.

[36] Examinons maintenant la prédiction de mon collègue selon laquelle mon interprétation de l’art. 13 créera de l’incertitude et générera des voir-dire accaparants. Contrairement à mon collègue, je m’attends à ce que les juges présidant un procès n’aient pas vraiment de difficulté à déterminer si le témoignage donné par l’accusé à titre de témoin dans une instance antérieure est un témoignage « incriminant » — c’est-à-dire un témoignage que le ministère public pourrait utiliser, à supposer qu’il soit autorisé à l’utiliser, pour démontrer la culpabilité du témoin.

[37] Le critère que je propose ne confère aucun pouvoir discrétionnaire au juge du procès. La seule tâche additionnelle dont le tribunal devra s’acquitter consistera à déterminer si le témoignage est incriminant ou non — ce qui ne devrait pas vraiment être ardu ni accaparant. Dans les cas où le ministère public désire produire un témoignage qu’il pourrait utiliser, à supposer qu’il soit autorisé à l’utiliser, pour démontrer la culpabilité du témoin — c’est-à-dire, pour prouver ou pour l’aider à prouver l’un ou plusieurs des éléments constitutifs de l’infraction reprochée au témoin à son procès —, ce témoignage ne sera pas admissible à *quelque fin que ce soit*, par application de l’art. 13 (sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires).

[38] En somme, je suis persuadé que les juges seront loin d’avoir à tenir une avalanche de voir-dire lors du procès et qu’ils n’auront guère de difficulté à déterminer si un témoignage que le ministère public entend utiliser est « incriminant » en appliquant le critère que j’ai décrit.

[39] J’arrive maintenant à la dernière crainte exprimée par mon collègue — la crainte que l’objectif du *quid pro quo*, qui consiste à favoriser un témoignage complet et sincère, soit compromis si l’art. 13 reçoit l’interprétation que je propose.

[40] Soit dit en toute déférence, je ne partage pas cette crainte. Un témoignage complet et sincère



the truth but is afraid to do so lest the evidence be used to incriminate him at a subsequent proceeding. It does not presuppose a witness who is bent on giving false testimony.

[41] Be that as it may, on my construction of s. 13, neither the truthful witness nor the perjurer need be concerned that any incriminating evidence given by them at a prior proceeding will be used against them, for any purpose, at a subsequent proceeding (the perjurer need only fear a prosecution for perjury or for giving contradictory evidence). Thus, the witness who sincerely wants to tell the truth — that is, make full and frank disclosure — need not fear any repercussions. He or she will gain the full protection of s. 13, and the bargain contemplated by s. 13 will have been fulfilled.

[42] I do not gainsay the possibility that construing s. 13 as I have may impinge ever so slightly on the clarity and predictability that my colleague considers all-important. Clarity and predictability are laudable goals, to be sure — but they should not be pursued at the expense of rewriting s. 13 to remove critical words that alter the meaning of the section and impermissibly extend its protection beyond its intended purpose.

[43] I would accordingly allow the appeal, set aside the order for a new trial and restore the guilty verdict on the charge of dangerous driving causing bodily harm.

The reasons of LeBel, Fish and Cromwell JJ. were delivered by

[44] LEBEL J. (dissenting) — The right against self-incrimination is a principle that lies at the heart of our justice system and is enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A specific form of protection against self-incrimination

présuppose que le témoin veut dire la vérité, mais qu'il a peur de la révéler de crainte que son témoignage soit utilisé pour l'incriminer dans une procédure ultérieure. Il ne présuppose pas que le témoin a la ferme intention de faire un faux témoignage.

[41] Quoi qu'il en soit, selon mon interprétation de l'art. 13, ni le témoin sincère ni le parjure n'ont à s'inquiéter de la possibilité que leur témoignage incriminant donné dans une procédure antérieure soit utilisé contre eux, à quelque fin que ce soit, dans une procédure ultérieure (le parjure ne devrait s'inquiéter que d'une éventuelle poursuite pour parjure ou pour témoignages contradictoires). Par conséquent, le témoin qui veut sincèrement dire la vérité — c'est-à-dire donner un témoignage complet et sincère — n'a pas à s'inquiéter des répercussions de son témoignage, quelles qu'elles soient. Il bénéficiera de la pleine protection offerte par l'art. 13 et le marché visé par cette disposition sera respecté.

[42] Je ne nie pas la possibilité que mon interprétation de l'art. 13 puisse, ne serait-ce que légèrement, porter atteinte à la clarté et à la prévisibilité auxquelles mon collègue attache la plus haute importance. Certes, la clarté et la prévisibilité sont des objectifs louables, mais leur poursuite ne saurait justifier que l'on récrive l'art. 13 pour en retrancher des mots déterminants dont la suppression modifierait le sens de cette disposition et étendrait indûment la portée de la protection qu'elle offre au-delà des fins qu'elle est censée servir.

[43] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler l'ordonnance prescrivant la tenue d'un nouveau procès et de rétablir la déclaration de culpabilité quant au chef de conduite dangereuse causant des lésions corporelles.

Version française des motifs des juges LeBel, Fish et Cromwell rendus par

[44] LE JUGE LEBEL (dissident) — Le droit de ne pas s'incriminer constitue un principe fondamental de notre système de justice et il est consacré dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, dont l'art. 13 garantit plus particulièrement le droit de ne

is the right against testimonial self-incrimination provided for in s. 13 of the *Charter*. Section 13 protects a witness who gives evidence in any proceeding from having that evidence used against him or her in a subsequent proceeding. This *Charter* guarantee has engendered many decisions of this Court, the latest significant pronouncement being *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609.

[45] The Crown asks this Court to reconsider the s. 13 principles it unanimously espoused in *Henry*. For the reasons that follow, I would decline to do so. I would therefore dismiss the appeal.

## I. Introduction

[46] This appeal arises out of a guilty verdict for dangerous driving causing bodily harm ((2007), 60 M.V.R. (5th) 186). The Ontario Court of Appeal set aside the respondent's guilty verdict and ordered a new trial on the basis of this Court's decision in *Henry* (2011 ONCA 143, 276 O.A.C. 106).

[47] At his criminal trial, the respondent was cross-examined on inconsistent statements he had previously made during discovery in a tort action brought against him in relation to the same incident. After his cross-examination, it became clear to all the parties, including the respondent's own counsel and the trial judge, that the respondent's entire testimony was unreliable and had to be disregarded. He was found guilty on one count of dangerous driving.

[48] The issue is whether, at his criminal trial, the Crown could cross-examine the respondent on statements he had made during discovery in a civil action without infringing his right against self-incrimination. In my view, the Court of Appeal correctly applied *Henry* in holding that the respondent could not be cross-examined on these statements. Therefore, the appeal must be dismissed.

## II. Facts

[49] The respondent and the victim worked together. After work one evening, at around 6:30

pas être contraint de témoigner contre soi-même. Cette disposition interdit que le témoignage donné par une personne dans une instance quelconque soit utilisé contre elle dans une procédure ultérieure. Ce droit protégé par la *Charte* a donné lieu à une abondante jurisprudence de notre Cour, dont le dernier arrêt majeur à ce sujet est *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609.

[45] Le ministère public demande à notre Cour de reconsidérer les principes relatifs à l'art. 13 qu'elle a adoptés à l'unanimité dans *Henry*. Pour les motifs qui suivent, je m'abstiendrai de le faire. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

## I. Introduction

[46] Le pourvoi découle d'un verdict de culpabilité prononcé contre l'intimé pour conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles ((2007), 60 M.V.R. (5th) 186). La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé ce verdict et ordonné la tenue d'un nouveau procès sur le fondement de l'arrêt *Henry* de notre Cour (2011 ONCA 143, 276 O.A.C. 106).

[47] À son procès criminel, l'intimé a été contre-interrogé sur des déclarations antérieures incompatibles qu'il avait faites à l'interrogatoire préalable dans une action en responsabilité délictuelle intentée contre lui relativement au même incident. À l'issue du contre-interrogatoire, il est apparu clairement à toutes les parties (y compris à son propre avocat) et au juge du procès que l'ensemble de son témoignage n'était pas fiable et devait être écarté. Il a été déclaré coupable de conduite dangereuse.

[48] Il s'agit de savoir si, au procès criminel, le ministère public pouvait contre-interroger l'intimé relativement à ses déclarations faites à l'interrogatoire préalable dans une action civile, sans porter atteinte à son droit de ne pas s'incriminer. À mon avis, la Cour d'appel a correctement appliqué l'arrêt *Henry* en statuant qu'il ne pouvait pas être contre-interrogé sur ces déclarations. Par conséquent, le pourvoi doit être rejeté.

## II. Les faits

[49] L'intimé et la victime travaillaient ensemble. Après le travail, un soir vers 18 h 30, l'intimé a fait

p.m., the respondent took the victim for a ride on his motorcycle on their employer's property. The motorcycle crashed into a curb, and both the victim and the respondent were thrown from it. The victim was not wearing a helmet, and the accident caused him permanent brain damage. The respondent sustained minor injuries and was hospitalized overnight.

[50] The respondent was charged with dangerous driving causing bodily harm and impaired driving causing bodily harm. The respondent was also sued in a civil action by the victim and his family. He was examined for discovery as part of the civil proceedings. During his examination for discovery, he testified that he had no memory of the events from 5:00 p.m. on the day of the accident to the following day at 11:00 a.m., when he woke up in the hospital. Fourteen months later, at his criminal trial, however, he gave a detailed account of the accident and the events leading up to it.

[51] The Crown sought leave to cross-examine the respondent on his discovery evidence. After a *voir dire*, the trial judge ruled that the discovery evidence could be put to the respondent in cross-examination for the purpose of impeaching his credibility. The respondent was ultimately found guilty of dangerous driving causing bodily harm. On the basis of *Henry*, the Ontario Court of Appeal overturned the trial judge's ruling, set aside the respondent's conviction and ordered a new trial.

### III. Judicial History

#### A. *Superior Court of Justice*

##### (1) The Charge

[52] The respondent testified in his own defence. In his testimony, he gave a detailed account of the events of that day leading up to and during the accident. In cross-examination, on being asked about his memory of the events, he stated, "I have a recollection about 90, 95 percent" (A.R., vol. II, at p. 215).

monter la victime sur sa motocyclette pour lui faire faire un tour sur la propriété de leur employeur. La motocyclette a percuté la bordure de trottoir, et ils ont tous deux été projetés sur le sol. La victime ne portait pas de casque et a subi des lésions cérébrales permanentes. L'intimé a été hospitalisé jusqu'au lendemain pour des blessures mineures.

[50] L'intimé a été accusé de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles et de conduite avec facultés affaiblies ayant causé des lésions corporelles. Il a également été poursuivi au civil par la victime et sa famille. À l'interrogatoire préalable dans le cadre de cette instance civile, il a affirmé ne pas se souvenir de ce qui était survenu entre 17 h le jour de l'accident et son réveil à l'hôpital le lendemain à 11 h. Toutefois, quatorze mois plus tard, à son procès criminel, il a donné un compte rendu détaillé de l'accident et des faits qui l'avaient précédé.

[51] Le ministère public a demandé l'autorisation de contre-interroger l'intimé sur ses dépositions recueillies à l'interrogatoire préalable. Après avoir tenu un *voir-dire*, le juge du procès a décidé que la poursuite pouvait confronter l'intimé à ses déclarations antérieures dans le but d'attaquer sa crédibilité. À l'issue du procès, l'intimé a été déclaré coupable de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles. Se fondant sur l'arrêt *Henry*, la Cour d'appel de l'Ontario a infirmé la décision du juge du procès, annulé la déclaration de culpabilité de l'intimé et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

### III. L'historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure de justice*

##### (1) L'accusation

[52] L'intimé a témoigné pour sa propre défense. Il a alors donné un compte rendu détaillé des faits survenus ce jour-là, avant et pendant l'accident. Contre-interrogé sur son souvenir des événements, il a affirmé : [TRADUCTION] « Je me souviens d'environ 90 à 95 pour 100 de ce qui s'est passé » (d.a., vol. II, p. 215).

[53] Before Crown counsel began her cross-examination, a police officer handed her a transcript of the respondent's examination for discovery from the civil proceeding, apparently provided by the victim's counsel. The transcript indicated that the respondent had denied remembering anything about the accident in his discovery evidence:

Q. And when did you first see Victor on July 30th, 2004?

A. When I see him?

Q. The first time.

A. I don't see him in that night. He come around 5 o'clock, but I don't remember nothing from before that, so I--last things I remember was 5 o'clock when I finish one job on the line. I don't remember when I was going to the shop. I don't--don't remember when I was putting my tools away. I don't remember when we're drinking after.

Q. Do you have any memory after 5--or, sorry. What is your first memory after 5 o'clock p.m. on July 30th?

A. Eleven o'clock next day when I was in the hospital.

Q. So, July 31st?

A. Exact.

Q. Eleven o'clock in the morning or the evening?

A. In the morning when I get out from the ER. Shortly after that, they take me out of--from the--10:30, 11. I'm not sure. [A.R., vol. I, at p. 99]

[54] At the conclusion of her cross-examination, and based on the inconsistent evidence regarding the respondent's memory of the events, Crown counsel sought leave to cross-examine the respondent on his discovery evidence.

(2) Ruling on the *Voir Dire* (Ontario Superior Court of Justice (2007), 41 C.P.C. (6th) 357)

[55] After reviewing this Court's decision in *Henry*, the trial judge found that s. 13 protection

[53] Avant le contre-interrogatoire, un agent de police a remis à l'avocate du ministère public une transcription — qu'il avait apparemment obtenue de l'avocat de la victime — de l'interrogatoire préalable de l'intimé tenu dans le cadre de l'action civile. Selon la transcription, l'intimé avait affirmé lors de l'interrogatoire préalable n'avoir gardé aucun souvenir de l'accident :

[TRADUCTION]

Q. Et quand avez-vous vu Victor pour la première fois le 30 juillet 2004?

R. Quand je l'ai vu?

Q. Pour la première fois.

R. Je ne l'ai pas vu ce soir-là. Il est venu vers 17 h, mais je ne me souviens de rien même avant qu'il arrive, alors . . . les dernières choses dont je me souviens c'est qu'il était 17 h quand j'ai fini un travail sur la chaîne. Je ne me rappelle pas être allé à l'atelier. Je ne me rappelle . . . ne me rappelle pas avoir rangé mes outils. Je ne me rappelle pas quand nous avons bu ensemble après.

Q. Avez-vous un souvenir de ce qui s'est passé après 17 h . . . ou, désolé. Quel est votre premier souvenir après 17 h le 30 juillet?

R. Onze heures le lendemain quand j'étais à l'hôpital.

Q. Alors, le 31 juillet?

R. Exact.

Q. Onze heures du matin ou du soir?

R. Le matin quand je suis sorti de la salle d'urgence. Peu après, ils m'ont sorti de là. . . . 10 h 30, 11 h. Je ne suis pas certain. [d.a., vol. I, p. 99]

[54] À la fin du contre-interrogatoire, compte tenu du témoignage contradictoire de l'intimé sur son souvenir des événements, l'avocate du ministère public a demandé l'autorisation de contre-interroger l'intimé sur sa déposition recueillie à l'interrogatoire préalable.

(2) La décision rendue lors du voir-dire (Cour supérieure de justice de l'Ontario (2007), 41 C.P.C. (6th) 357)

[55] Après avoir examiné l'arrêt *Henry*, le juge du procès a conclu que la protection offerte par l'art.

applies only in relation to prior compelled testimony and cannot be invoked if the prior testimony was given voluntarily.

[56] In determining whether the respondent's discovery evidence was compelled, he noted that parties to a civil action in Ontario are obligated to attend examinations for discovery and provide answers under oath, and that discovery evidence is therefore statutorily compelled evidence under the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. However, in his view there was a difference between evidence given in a civil proceeding and in a criminal proceeding.

[57] According to the trial judge, the differences in character, purpose and philosophy between civil and criminal proceedings must be taken into account when applying the *Charter* to exclude evidence obtained in a civil action. While civil discovery is meant to eliminate issues not seriously contested, to ensure that all relevant evidence is disclosed and to expose groundless claims, criminal investigations have "a public, justice-oriented purpose" (para. 24).

[58] The trial judge quoted with approval a passage from *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, in which this Court had stated that, to qualify as having a "valid public purpose", compelled testimony in a criminal context must be aimed at obtaining evidence in furtherance of the prosecution (para. 24). Referring to this Court's decision in *Henry*, he stated that s. 13 must be analyzed purposefully, within the context of the "bargain" at its heart, known as the "*quid pro quo*", which protects a witness who is compelled to testify. He explained the *quid pro quo* as follows: "... when a person is compelled to testify in a court proceeding and exposes himself to the risk of self-incrimination, the section provides protection against the subsequent use of his evidence against him" (para. 13). In his view, however, "[t]he fact-gathering discovery exercise, although statutorily compelled, lacks the State-compelled incriminatory features discussed in [*Henry*]" (para. 26). He

13 ne s'applique que si le témoignage antérieur a été forcé et qu'elle ne peut pas être invoquée s'il a été donné volontairement.

[56] En déterminant si le témoignage antérieur avait été forcé en l'espèce, le juge a signalé que les parties à une action civile en Ontario sont tenues de se soumettre à un interrogatoire préalable et de répondre sous serment, et que l'interrogatoire préalable constitue donc un témoignage forcé suivant les *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194. Toutefois, à son avis, le témoignage donné dans une instance civile se distingue de celui donné dans une instance criminelle.

[57] Selon le juge du procès, il faut tenir compte des différences dans la nature, l'objet et la philosophie d'une procédure civile et ceux d'une procédure criminelle lorsqu'il s'agit d'appliquer la *Charte* pour écarter des éléments de preuve obtenus dans une action civile. Alors que l'interrogatoire préalable en matière civile vise à éliminer les questions qui ne sont pas réellement litigieuses, à garantir la communication de tous les éléments de preuve pertinents et à mettre au jour les demandes dénuées de fondement, l'enquête criminelle a [TRADUCTION] « une fin publique, axée sur la justice » (par. 24).

[58] Le juge du procès a cité et approuvé un passage de l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, dans lequel notre Cour a déclaré que, pour être reconnu comme ayant une « fin publique valide », le témoignage forcé au cours de poursuites criminelles doit viser à obtenir une preuve utile à ces poursuites (par. 24). Renvoyant à l'arrêt *Henry* de notre Cour, il a affirmé que l'art. 13 devait être analysé en fonction de son objet, à la lumière du « marché », aussi appelé « *quid pro quo* », qui est au cœur de l'art. 13 et qui protège le témoin forcé de témoigner. Le juge a expliqué ainsi ce marché : [TRADUCTION] « ... lorsqu'une personne est forcée de témoigner dans une procédure judiciaire et risque de s'incriminer, cette disposition la protège contre l'utilisation subséquente de ce témoignage contre elle » (par. 13). Cependant, à son avis, « l'exercice de l'interrogatoire préalable axé sur la découverte des faits — même s'il est exigé par la loi — ne comporte pas les caractéristiques

therefore concluded that s. 13 of the *Charter* did not protect the accused from the use of discovery testimony to impeach his credibility, as there was no *quid pro quo* with the state:

Mr. Nedelcu's prior discovery testimony is potentially relevant to the issue of his credibility as it seems to contradict his testimony at trial. It is deemed to be a verbatim account of what he said at his examination for discovery, in that it is certified by a qualified court reporter to be an accurate transcription of his words. He has not taken the position that transcription of his testimony on discovery is inaccurate. The use the Crown seeks to make of the evidence is the permitted one of assessing credibility only and not the prohibited purpose of incrimination. Accordingly, I have found its use is not prohibited by s. 13 of the *Charter*. [para. 49]

In the trial judge's view, therefore, the use of the respondent's prior evidence to assess credibility was permissible under s. 13. I note that the Crown concedes that the trial judge erred in his approach to s. 13. The parties agree that s. 13 is engaged when evidence is compelled in *any* proceeding, regardless of whether the evidence elicited in the first proceeding assists the Crown: see A.F., at paras. 44-47, and R.F., at para. 30.

[59] Finally, the trial judge noted that excluding the evidence of a prior inconsistent statement in this case could lead to "significant mischief" (para. 50). It would allow the accused to tender different evidence in his civil and criminal trials: "With impunity, he could tailor his evidence to suit his needs in each particular proceeding" (para. 50).

[60] Accordingly, the trial judge granted the Crown's application to cross-examine the respondent on his civil discovery evidence.

(3) Verdict ((2007), 60 M.V.R. (5th) 186)

[61] The trial judge acquitted the respondent on the impaired driving charge but found him

de l'incrimination forcée imposée par l'État dont il était question dans [Henry] » (par. 26). Le juge estimait donc que, vu l'absence de marché avec l'État, l'art. 13 de la *Charte* n'empêchait pas l'utilisation de la déposition de l'accusé à l'interrogatoire préalable dans le but d'attaquer sa crédibilité :

[TRADUCTION] La déposition antérieure faite par M. Nedelcu à l'interrogatoire préalable peut être pertinente pour l'appréciation de sa crédibilité, puisqu'elle semble contredire son témoignage au procès. Elle est réputée constituer un compte rendu fidèle de l'interrogatoire préalable, car un sténographe judiciaire qualifié a attesté qu'il s'agit de la transcription exacte de ce qu'a dit M. Nedelcu. Celui-ci n'a pas contesté l'exactitude de la transcription. Le ministère public veut l'utiliser dans le but permis d'évaluer la crédibilité de M. Nedelcu et non dans le but proscrit de l'incriminer. Je suis donc d'avis que l'art. 13 de la *Charte* n'interdit pas l'utilisation de ce témoignage. [par. 49]

De l'avis du juge du procès, l'art. 13 n'interdisait pas l'utilisation du témoignage antérieur de l'intimé pour évaluer sa crédibilité. Je signale que le ministère public reconnaît que le juge du procès a commis une erreur dans son application de l'art. 13. Les deux parties conviennent que l'art. 13 s'applique au témoignage forcé donné dans *toute* instance, que la déposition faite dans la procédure initiale ait été utile ou non au ministère public : voir m.a., par. 44-47, et m.i., par. 30.

[59] Enfin, selon le juge du procès, écarter la déclaration antérieure incompatible en l'espèce pourrait entraîner des conséquences [TRADUCTION] « très néfastes » (par. 50), car l'accusé pourrait donner un témoignage différent dans l'instance civile et dans l'instance pénale intentées contre lui. Il pourrait, « en toute impunité, façonner sa preuve de manière à répondre à ses besoins dans chaque instance » (par. 50).

[60] Le juge du procès a donc accueilli la demande du ministère public de contre-interroger l'intimé sur son témoignage antérieur donné à l'enquête préalable dans l'action civile.

(3) Le verdict ((2007), 60 M.V.R. (5th) 186)

[61] Le juge du procès a acquitté l'intimé sur le chef de conduite avec facultés affaiblies, mais l'a

guilty of dangerous driving causing bodily harm. With respect to the effect of the Crown's cross-examination on the respondent's credibility, the trial judge said,

Counsel for Mr. Nedelcu concedes the obvious about his client's credibility. At trial, Mr. Nedelcu recited a second by second account of the motorcycle ride, the route they took, their speeds at several locations, when and where he changed gears, when he applied the brakes and the manoeuvres he undertook when he felt the bike going down. He attributed the cause of the accident to Mr. Perdon, whom he said grabbed his shoulder, and leaned in the wrong direction. However, upon his examination for discovery in the related civil action brought by Mr. Perdon, Mr. Nedelcu testified he had no recollection of anything whatsoever about the ride between when they got on the bike and his waking up the next morning in the hospital.

. . .

Thus, I have no difficulty acceding to his counsel's position that Mr. Nedelcu's entire testimony should be considered unreliable. I disbelieve his evidence of the events before and during the motorcycle ride and his evidence does not leave me with a reasonable doubt about his guilt on either charge . . . [paras. 13 and 15]

B. *Ontario Court of Appeal (2011 ONCA 143, 276 O.A.C. 106)*

[62] The Court of Appeal began its analysis by noting that the latest guidance on s. 13 from this Court was in *Henry*, in which the Court had reviewed its s. 13 jurisprudence. It noted that, in *Henry*, the Court had quoted a passage from *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 358, to the effect that the purpose of s. 13 is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves, therefore ensuring that the Crown will not be able to do indirectly what s. 11(c) of the *Charter* prohibits.

[63] Armstrong J.A., writing for the Court of Appeal, noted that, in *Henry*, this Court had abandoned the distinction made in the earlier cases

déclaré coupable de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles. Le juge a expliqué en ces termes l'incidence du contre-interrogatoire du ministère public sur la crédibilité de l'intimé :

[TRADUCTION] L'avocat de M. Nedelcu admet l'évidence quant à la crédibilité de son client. Au procès, M. Nedelcu a relaté, seconde par seconde, la balade en motocyclette, le trajet emprunté, la vitesse de la motocyclette à plusieurs endroits, quand et où il avait changé de vitesse, quand il avait appliqué les freins et les manoeuvres qu'il avait exécutées lorsqu'il avait senti la motocyclette sur le point de tomber. Il a attribué la cause de l'accident à M. Perdon, qui, selon lui, l'avait saisi à l'épaule, et s'était penché dans la mauvaise direction. Or, lors de l'interrogatoire préalable dans le cadre de l'action civile connexe instituée par M. Perdon, M. Nedelcu a affirmé n'avoir absolument aucun souvenir de cette balade à partir du moment où ils sont montés sur la motocyclette jusqu'au moment où il s'est réveillé à l'hôpital le lendemain.

. . .

Par conséquent, je n'ai aucune difficulté à accepter la position de son avocat, portant que l'ensemble du témoignage de M. Nedelcu n'est pas fiable. Je n'ajoute pas foi à son compte rendu des faits survenus avant et pendant le tour de motocyclette et son témoignage ne laisse dans mon esprit aucun doute raisonnable sur sa culpabilité à l'égard de l'une ou l'autre des accusations . . . [par. 13 et 15]

B. *Cour d'appel de l'Ontario (2011 ONCA 143, 276 O.A.C. 106)*

[62] La Cour d'appel commence par faire remarquer que notre Cour s'est prononcée la dernière fois sur l'art. 13 dans l'arrêt *Henry*, où elle a réexaminé sa jurisprudence à ce sujet. Elle souligne que la Cour y a cité un passage de l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, p. 358, indiquant que l'objet de l'art. 13 est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11(c) de la *Charte* interdit.

[63] S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Armstrong rappelle que notre Cour a abandonné, dans *Henry*, la distinction établie dans des

between prior testimony used to incriminate an accused and prior testimony used to impeach the credibility of an accused because that distinction was unrealistic. Further, according to *Henry*, only compelled evidence is protected by s. 13.

[64] As to whether the respondent had been “compelled” to testify on his examination for discovery, Armstrong J.A. concluded that he had been. Although the respondent could have taken steps to avoid testifying by seeking a stay of the civil action or an adjournment of the examination for discovery until the conclusion of the criminal prosecution, the Court of Appeal noted that such requests are granted only in exceptional circumstances, none of which existed in the present case.

[65] In the Court of Appeal’s view, the trial judge had erred in his analysis of the *quid pro quo*. Armstrong J.A. stated that there is nothing in the jurisprudence to suggest that s. 13 protection is only engaged when a witness’s prior testimony “assisted the Crown” (para. 31). If that were the case, the section would apply only to proceedings in which the Crown was a party. However, s. 13 specifically states that protection is afforded to “[a] witness who testifies in any proceedings”.

[66] The Court of Appeal also found that the respondent had not given his discovery evidence “to further his own private interest in a civil action against him”, as the trial judge had characterized it. The respondent was a defendant in a civil suit against him and, as such, he “was compelled to testify on the examination for discovery solely for the benefit of the plaintiffs” (para. 32).

[67] Relying on statements made by the majority in *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433, and by the dissent in *Dubois*, the Court of Appeal held that the distinction between criminal and non-criminal interrogatories was not relevant to the appeal and that it was unnecessary to consider

arrêts antérieurs entre l’utilisation d’un témoignage antérieur pour incriminer l’accusé et l’utilisation d’un témoignage antérieur pour attaquer sa crédibilité, parce que cette distinction était irréaliste. De plus, suivant *Henry*, la protection conférée par l’art. 13 ne s’applique qu’au témoignage forcé.

[64] Le juge Armstrong conclut que l’intimé a été « forcé » de témoigner à l’interrogatoire préalable. Certes, l’intimé aurait pu prendre des mesures pour éviter de témoigner, notamment en demandant le sursis de l’action civile ou l’ajournement de l’interrogatoire préalable jusqu’à l’issue de l’instance criminelle, mais la Cour d’appel souligne que de telles demandes ne sont accueillies que dans des circonstances exceptionnelles, qui n’existaient pas en l’espèce.

[65] Selon la Cour d’appel, le juge du procès a commis une erreur dans son analyse du marché. De l’avis du juge Armstrong, rien dans la jurisprudence ne permet de conclure que la protection prévue à l’art. 13 n’est applicable que lorsqu’un témoignage antérieur a été [TRADUCTION] « utile au ministère public » (par. 31). Si c’était le cas, cette disposition ne s’appliquerait qu’aux instances auxquelles le ministère public était une partie. Or, l’art. 13 ne précise pas que son application se limite à un type d’instance : « [c]hacun a droit à ce qu’aucun témoignage [. . .] qu’il donne ne soit utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures ».

[66] La Cour d’appel conclut en outre que la déposition fournie par l’intimé à l’interrogatoire préalable ne visait pas à [TRADUCTION] « favoriser son propre intérêt personnel dans l’action civile intentée contre lui », comme l’estimait le juge du procès. L’intimé, en sa qualité de défendeur dans l’action civile, « a été contraint de témoigner à l’interrogatoire préalable uniquement à l’avantage des demandeurs » (par. 32).

[67] Se fondant sur des observations des juges majoritaires dans *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433, et sur les motifs dissidents dans *Dubois*, la Cour d’appel conclut que la distinction entre un interrogatoire en matière criminelle et un interrogatoire en matière civile n’est pas pertinente



whether such a distinction was supported by the cases referred to by the trial judge.

[68] Finally, the Court of Appeal rejected the Crown's argument that the observations made by Binnie J. in *Juman v. Doucette*, 2008 SCC 8, [2008] 1 S.C.R. 157, at para. 41, were determinative of the appeal. Although, in *Juman*, this Court had quoted the *voir dire* reasons of the trial judge in the case at bar, Armstrong J.A. noted that *Juman* was decided in the context of determining the scope of the implied undertaking rule in British Columbia. Armstrong J.A. pointed out that this Court was discussing general categories of exceptions to the implied undertaking rule. The fourth category, under which this trial decision was quoted, was entitled "Impeaching Inconsistent Testimony". There was no reference to the *Charter* at this point in the judgment, and in fact, he noted, there was no *Charter* issue before this Court in *Juman* at all. The Court of Appeal concluded that, since this Court did not address s. 13 in *Juman*, "[t]here is nothing in *Juman* which alters the ratio in *Henry* and therefore there is nothing that alters its application to this case" (para. 45).

[69] The Court of Appeal allowed the appeal, set aside the respondent's conviction and ordered a new trial.

#### IV. Analysis

##### A. *Issues and Positions of the Parties*

[70] The Crown makes two main submissions. First, the Crown contends that *Henry* should not apply to this case, because the respondent's civil discovery evidence was not "compelled" within the meaning of *Henry*. In the alternative, it submits that *Henry* should be overturned and that this Court should restore the distinction between using prior testimony to impeach credibility and using it to incriminate.

en l'espèce et que point n'est besoin de décider si la jurisprudence mentionnée par le juge du procès appuie cette distinction.

[68] Enfin, la Cour d'appel rejette l'argument du ministère public portant que les observations du juge Binnie, au par. 41 de l'arrêt *Juman c. Doucette*, 2008 CSC 8, [2008] 1 R.C.S. 157, permettent de régler le sort de l'appel. Quoique, dans *Juman*, notre Cour y ait cité les motifs du juge du procès sur le voir-dire en l'espèce, le juge Armstrong précise que l'arrêt *Juman* concernait la portée de la règle de l'engagement implicite en Colombie-Britannique. Le juge Armstrong ajoute que notre Cour y a examiné les catégories générales d'exceptions à la règle de l'engagement implicite. La quatrième catégorie, dans laquelle la décision de première instance en l'espèce a été classée, s'intitule « Mise en cause de la crédibilité d'un témoignage contradictoire ». Il n'était pas question de la *Charte* dans cette partie de l'arrêt, et le juge Armstrong souligne que la Cour n'était saisie en fait d'aucune question relative à la *Charte* dans *Juman*. Puisque l'arrêt *Juman* ne portait pas sur l'art. 13, la Cour d'appel conclut ainsi : [TRADUCTION] « L'arrêt *Juman* ne modifie en rien la *ratio decidendi* dans *Henry* et il n'y a donc rien qui en empêche l'application en l'espèce » (par. 45).

[69] La Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'intimé et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

#### IV. Analyse

##### A. *Les questions en litige et les positions des parties*

[70] Le ministère public présente deux moyens principaux. Premièrement, le ministère public soutient que l'arrêt *Henry* ne devrait pas s'appliquer en l'espèce, parce que le témoignage donné par l'intimé à l'interrogatoire préalable dans l'instance civile n'est pas un témoignage « forcé » au sens de l'arrêt *Henry*. Subsidiairement, elle fait valoir que l'arrêt *Henry* devrait être écarté et que notre Cour devrait rétablir la distinction entre l'utilisation d'un témoignage antérieur pour attaquer la crédibilité de l'accusé et son utilisation pour l'incriminer.

[71] The respondent, not surprisingly, maintains that the approach in *Henry* applies to this case, because he was compelled to give evidence on discovery. He also submits that *Henry* should not be revisited.

[72] Therefore the two issues for this Court to decide are whether the respondent was “compelled” within the meaning of *Henry* to give discovery evidence in relation to his civil case, and whether this Court should overturn *Henry* or somehow revisit the principles laid out in that case.

[73] For the reasons that follow, I conclude that the respondent was compelled to give evidence at his civil discovery within the meaning of *Henry* and that *Henry* ought not to be altered or overturned. I would therefore dismiss the appeal.

#### B. *Constitutional Guarantee Against Self-Incrimination*

[74] The guarantee against self-incrimination is one of the fundamental principles of our criminal justice system. As Binnie J. noted in *Henry*, at para. 2, it has its historical roots in “the revulsion that was felt over the ancient courts of Star Chamber, which would detain suspected enemies of the state on mere suspicion, compel them to swear an oath, and then require them on pain of punishment to answer questions”: see D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (6th ed. 2011), at p. 283. Today, the right against self-incrimination is intimately linked to the right to stand silent in the face of one’s accuser, to the presumption of innocence and to the notion that the Crown must prove its case beyond a reasonable doubt without any assistance from the accused.

[75] Self-incrimination can be of two types: testimonial and non-testimonial. Testimonial self-incrimination refers to using oral evidence of the accused against the accused, either by forcing the accused to testify at his or her own trial (covered by s. 11(c) of the *Charter*), or by using prior testimony of the accused in another proceeding (embodied in s. 13 of the *Charter*). Non-testimonial self-incrimination refers to the proffering of other types

[71] L’intimé affirme, comme on pouvait s’y attendre, que l’approche établie dans *Henry* s’applique en l’espèce, puisqu’il a été forcé de témoigner lors de l’interrogatoire préalable. Il soutient aussi que l’arrêt *Henry* ne devrait pas être reconsidéré.

[72] Par conséquent, notre Cour doit déterminer si l’intimé a été « forcé » de témoigner au sens de l’arrêt *Henry* lors de l’interrogatoire préalable dans son procès civil et si notre Cour devrait écarter les principes établis dans *Henry* ou les reconsidérer d’une quelconque façon.

[73] Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que l’intimé était forcé de témoigner lors de l’interrogatoire préalable au civil, au sens de l’arrêt *Henry*, et que cet arrêt ne devrait être ni modifié ni écarté. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

#### B. *La garantie constitutionnelle contre l’auto-incrimination*

[74] La garantie contre l’auto-incrimination est l’un des principes fondamentaux de notre système de justice pénale. Comme l’a fait remarquer le juge Binnie dans *Henry*, par. 2, elle tire ses origines historiques de [TRADUCTION] « la répugnance suscitée par les anciennes cours de la Chambre étoilée, qui détenaient des personnes suspectées d’être des ennemis de l’État simplement sur la base de soupçons, les forçaient à prêter serment et exigeaient qu’elles répondent à des questions sous peine de sanction » : voir D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (6<sup>e</sup> éd. 2011), p. 283. De nos jours, le droit de ne pas s’incriminer est étroitement lié au droit de garder le silence face à son accusateur, à la présomption d’innocence et à la notion que le ministère public doit prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable sans l’aide de l’accusé.

[75] Il existe deux sortes d’auto-incrimination : l’auto-incrimination testimoniale et l’auto-incrimination non testimoniale. L’auto-incrimination testimoniale s’entend du fait d’utiliser le témoignage oral de l’accusé contre lui, soit en le forçant à témoigner dans son propre procès (ce qui est interdit par l’al. 11c) de la *Charte*), soit en utilisant le témoignage antérieur de l’accusé dans une autre instance (ce qui est interdit par l’art. 13 de la *Charte*).

of incriminating evidence by the accused, such as blood or breathalyzer samples: see, e.g., *Attorney General for Quebec v. Begin*, [1955] S.C.R. 593; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889. In the instant case, we are concerned with testimonial self-incrimination, specifically the right enshrined in s. 13.

[76] Before the *Charter* came into force, the protection against testimonial self-incrimination was provided for in s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. Section 5 currently states:

5. (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence or for the giving of contradictory evidence.

[77] Therefore, s. 5(1) obliges a witness to answer any question put to him or her, regardless of whether the answer will be incriminating or give rise to civil liability. In exchange, however, s. 5(2) offers protection against the subsequent use of that evidence to incriminate the witness. This “bargain” is what has become known as the *quid pro quo*.

[78] It is clear that the drafters of the *Charter* considered s. 5 of the *Canada Evidence Act* when crafting s. 13. As Binnie J. noted in *Henry*, there is “a consensus that s. 13 was intended to extend s. 5 of the *Canada Evidence Act*” (para. 23). Binnie J., relying on statements in *Dubois* and *Noël*, also confirmed that s. 13 is not limited to questions

L’auto-incrimination non testimoniale s’entend de la production d’autres types d’éléments de preuve incriminants par l’accusé, comme des échantillons de sang et des lectures d’alcooltest : voir, p. ex., *Attorney General for Quebec c. Begin*, [1955] R.C.S. 593; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889. En l’espèce, il s’agit d’auto-incrimination testimoniale, plus précisément du droit consacré à l’art. 13.

[76] Avant l’entrée en vigueur de la *Charte*, la protection contre l’auto-incrimination testimoniale était prévue à l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. En voici le libellé actuel :

5. (1) Nul témoin n’est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l’incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l’instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s’oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l’incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l’instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d’une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n’est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage ou pour témoignage contradictoire.

[77] Par conséquent, le par. 5(1) oblige un témoin à répondre à toute question qui lui est posée, peu importe que la réponse soit incriminante ou établisse sa responsabilité civile. En contrepartie, le par. 5(2) offre une protection contre l’utilisation subséquente de cette preuve en vue d’incriminer le témoin. Ce « marché » est ce qu’il est maintenant convenu d’appeler un *quid pro quo*.

[78] Il est évident que les rédacteurs de la *Charte* ont examiné l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* lors de la formulation de l’art. 13. Comme le juge Binnie l’a affirmé dans *Henry*, il y a un « consensus sur le fait que l’art. 13 vise à élargir la protection prévue à l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* » (par. 23). Se fondant sur des énoncés

a witness might have been entitled to refuse to answer at common law and that s. 13 is intimately linked, although not necessarily limited to, the traditional role and function of s. 5 of the *Canada Evidence Act*. Although s. 5(2) requires the witness to specifically invoke its protection, s. 13 contains no such requirement. Therefore, s. 13 of the *Charter* is broader in application than s. 5 of the *Canada Evidence Act*, as Arbour J. noted in *Noël*, at para. 53:

[*R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272,] is a case where it is unlikely that the accused would have sought the protection of the *Canada Evidence Act* when he gave his original evidence since that evidence did not “tend to criminate” him when it was given. In that sense s. 13 is an expansion of the statutory protection, and one fully in line with the broad constitutional protection against compulsory self-incrimination. [Emphasis added.]

[79] Section 13 of the *Charter* states:

**13.** A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

[80] *Henry* is this Court’s most recent significant pronouncement on s. 13. To determine whether we should revisit its approach requires a closer look at what the Court actually decided in that case.

### C. *Henry*

[81] As I stated at the outset, s. 13 of the *Charter* has proven difficult for courts to apply, and even this Court has struggled to define its contours consistently. In the face of inconsistent jurisprudence, this Court decided *Henry* in 2005. It was a unanimous decision and was intended to outline a unified approach to s. 13, one based on the historical rationale underlying s. 13 — the *quid pro quo*.

formulés dans les arrêts *Dubois* et *Noël*, le juge Binnie a également confirmé que l’application de l’art. 13 ne se limite pas aux questions auxquelles un témoin aurait peut-être pu refuser de répondre selon la common law et que cette disposition est étroitement liée (sans toutefois se limiter nécessairement) au rôle et à la fonction traditionnels de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Même si le par. 5(2) exige que le témoin invoque expressément la protection qu’il confère, l’art. 13 ne pose pas cette exigence. L’article 13 de la *Charte* a donc une application plus large que l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, comme l’a souligné la juge Arbour dans *Noël*, par. 53, commentant l’arrêt *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272 :

Il s’agissait d’une affaire où il est peu probable que l’accusé aurait sollicité la protection de la *Loi sur la preuve au Canada* lorsqu’il a témoigné la première fois puisque son témoignage ne « tend[ait] [pas] à l’incriminer » lorsqu’il l’a offert. En ce sens, l’art. 13 étend la protection légale, en parfaite harmonie avec la vaste protection constitutionnelle contre l’auto-incrimination forcée. [Je souligne.]

[79] L’article 13 de la *Charte* se lit comme suit :

**13.** Chacun a droit à ce qu’aucun témoignage incriminant qu’il donne ne soit utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

[80] La dernière décision majeure que notre Cour a rendue sur l’application de l’art. 13 est l’arrêt *Henry*. Afin d’établir si nous devrions reconsidérer l’approche alors adoptée, il nous faut examiner de plus près ce qui a été réellement décidé dans *Henry*.

### C. *L’arrêt Henry*

[81] Comme je l’ai affirmé au début, l’art. 13 de la *Charte* s’est révélé difficile à appliquer pour les tribunaux, et même notre Cour a essayé de trouver tant bien que mal des façons d’en définir les limites de façon uniforme. Les discordances dans la jurisprudence ont amené notre Cour à prononcer l’arrêt *Henry* en 2005. Cet arrêt unanime visait à présenter une approche unifiée à l’égard de l’art. 13, fondée sur la justification historique qui le sous-tend, soit le *quid pro quo*.

[82] In *Henry*, the appellants had told a different story under oath in their retrial on a charge of first degree murder than at their first trial five years earlier. They were cross-examined on these prior inconsistent statements at the retrial and were again convicted of first degree murder. They appealed, claiming that this use of prior statements violated their s. 13 rights.

[83] Binnie J., writing for the Court, began his analysis by noting that “[t]he consistent theme in the s. 13 jurisprudence is that ‘the purpose of s. 13 . . . is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves’” (para. 22, citing *Dubois*, at p. 358). In setting the tone for the analysis that followed, he quoted Arbour J. in *Noël*:

Section 13 reflects a long-standing form of statutory protection against compulsory self-incrimination in Canadian law, and is best understood by reference to s. 5 of the *Canada Evidence Act*. Like the statutory protection, the constitutional one represents what Fish J.A. called a *quid pro quo*: when a witness who is compelled to give evidence in a court proceeding is exposed to the risk of self-incrimination, the state offers protection against the subsequent use of that evidence against the witness in exchange for his or her full and frank testimony. [Emphasis added by Binnie J.; para. 21.]

[84] With respect to its scope, Binnie J. noted that s. 13 precludes the use of “incriminating evidence” given in one proceeding to “incriminate that witness” in a subsequent proceeding. He explained the meaning of “incriminating evidence” by quoting from *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, at p. 633, in which the Court had described it as “something ‘from which a trier of fact may infer that an accused is guilty of the crime charged’” (para. 25).

[85] Given the lack of clarity in the s. 13 cases at the time, Binnie J. carefully reviewed this Court’s s. 13 jurisprudence. He discussed each case’s *ratio* and considered whether it was in line with the

[82] Dans l’affaire *Henry*, la version des faits donnée sous serment par les appelants à leur nouveau procès pour meurtre au premier degré diffère de celle qu’ils avaient présentée cinq ans plus tôt lors de leur premier procès. Lors du deuxième procès, ils ont été contre-interrogés sur leurs déclarations antérieures incompatibles et ils ont à nouveau été déclarés coupables de meurtre au premier degré. Ils ont interjeté appel, soutenant que cette utilisation de leurs déclarations antérieures portait atteinte aux droits que leur garantissait l’art. 13.

[83] Le juge Binnie, s’exprimant au nom de notre Cour, a commencé son analyse en précisant que « [l]e thème constant de la jurisprudence relative à l’art. 13 est que “l’objet de l’art. 13 [. . .] est de protéger les individus contre l’obligation indirecte de s’incriminer” » (par. 22, citant *Dubois*, p. 358). Pour donner le ton à l’analyse qui allait suivre, il a cité la juge Arbour dans *Noël* :

L’article 13 incorpore une protection légale contre l’auto-incrimination forcée établie de longue date en droit canadien, et la meilleure façon de l’interpréter est de l’examiner en regard de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. À l’instar de la protection légale, la protection constitutionnelle représente ce que le juge Fish a qualifié de *quid pro quo*, ou contrepartie : lorsqu’un témoin contraint de déposer au cours d’une procédure judiciaire risque de s’auto-incriminer, l’État lui offre une protection contre l’utilisation subséquente de cette preuve contre lui en échange de son témoignage complet et sincère. [Les soulignements sont du juge Binnie; par. 21.]

[84] En ce qui concerne la portée de l’art. 13, le juge Binnie a rappelé que chacun a droit à ce qu’aucun « témoignage incriminant » ne soit utilisé « pour l’incriminer » dans d’autres procédures. Pour expliquer le sens de l’expression « témoignage incriminant », il a cité l’arrêt *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, dans lequel notre Cour l’a décrit, à la p. 633, comme un élément « qui “pourrait faire conclure au juge des faits que l’accusé est coupable du crime allégué” » (par. 25).

[85] En raison du manque de clarté de la jurisprudence sur l’art. 13 à l’époque, le juge Binnie a passé minutieusement en revue les arrêts de notre Cour portant sur l’art. 13. Il a examiné la *ratio decidendi*

fundamental *quid pro quo* principle underlying s. 13.

[86] He first considered *Dubois*. In that case, the accused had testified at his first trial and made certain admissions. On a retrial for the same offence, he chose not to testify or to call any evidence. The Crown sought to enter the testimony of the accused from his first trial as evidence in the retrial. This Court concluded that to use the prior testimony of the accused as evidence against him in his retrial would be a violation of his s. 13 right.

[87] Two main holdings came out of *Dubois*. The first is that a retrial of the same offence is considered “other proceedings” within the meaning of s. 13. The second — and the one most relevant to this appeal — is that “[t]he focus of the right is on the second proceedings, the time at which the previous testimony is sought to be used, rather than the time at which it is given” (p. 361). Therefore, the Court noted, although s. 13 refers to the notion of incrimination, the evidence in issue need not be incriminating at the time it is given. In light of the purpose of the section, the incriminating nature of the evidence must be evaluated only in the context of the second proceeding. For the purposes of s. 13, incriminating evidence is any evidence the Crown tenders as part of its case against the accused.

[88] Binnie J. noted that the outcome in *Dubois* was correct, and declined to revisit it.

[89] Binnie J. then considered *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272, in which the Crown had attempted to use the accused’s prior inconsistent testimony from the first trial in the cross-examination of an accused at a retrial. The accused had chosen to testify twice and had changed his evidence from the first trial to the second. In *Mannion*, the Court had held that the cross-examination on his prior evidence was improper.

de chaque arrêt et s’est demandé si celle-ci était conforme au principe fondamental du *quid pro quo* qui sous-tend l’art. 13.

[86] Il s’est tout d’abord penché sur l’arrêt *Dubois*. Dans cette affaire, l’accusé avait témoigné lors de son premier procès et avait admis certains faits. Lors d’un nouveau procès pour la même infraction, il avait décidé de ne pas témoigner et de ne présenter aucune preuve. Lors du nouveau procès, le ministère public a tenté de déposer en preuve le témoignage donné par l’accusé lors du premier procès. Notre Cour a conclu que l’utilisation contre l’accusé de son témoignage antérieur constituerait une atteinte au droit que lui garantissait l’art. 13.

[87] L’arrêt *Dubois* permet de tirer deux conclusions principales. La première veut qu’un nouveau procès pour la même infraction soit considéré comme une « autre procédure » au sens de l’art. 13. La deuxième — et la plus pertinente en l’espèce — est que « [l]e droit vise principalement les secondes procédures, la date où l’on cherche à utiliser le témoignage antérieur, plutôt que celle où il a été donné » (p. 361). Par conséquent, notre Cour a confirmé que, bien que l’art. 13 mentionne la notion d’incrimination, il n’est pas nécessaire que le témoignage soit incriminant au moment où il est donné. Eu égard à l’objet de cette disposition, la nature incriminante du témoignage doit s’évaluer seulement dans le contexte de la seconde procédure. Ainsi, pour l’application de l’art. 13, tout témoignage que la poursuite présente dans le cadre de sa preuve à charge est un témoignage incriminant.

[88] Selon le juge Binnie, le résultat de l’arrêt *Dubois* était correct et il a refusé de le reconsidérer.

[89] Le juge Binnie a ensuite examiné l’affaire *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272, dans laquelle le ministère public avait voulu utiliser le témoignage incompatible donné par l’accusé à son premier procès en le contre-interrogeant dans le cadre de son nouveau procès. L’accusé avait choisi de témoigner à ses deux procès et avait modifié sa version des faits entre le premier et le deuxième procès. Dans l’arrêt *Mannion*, notre Cour a conclu que l’accusé ne pouvait pas être contre-interrogé sur son témoignage antérieur.

[90] Binnie J. noted that, in *Mannion*, the Court had focused on the purpose of the cross-examination (incrimination) rather than on the purpose of s. 13 (protection against *compelled* self-incrimination). He stated that, although the Court had concluded that *Dubois* dictated the outcome in *Mannion*, the Court had not commented on a key distinction: *Dubois* was a compelled witness at the second trial (since he had chosen not to testify), while *Mannion* had testified voluntarily at both trials.

[91] This distinction was key to understanding the *quid pro quo* principle underlying s. 13, and therefore to understanding s. 13's proper application. Binnie J. explained it in this way, at para. 42:

In *Dubois*, the prosecution sought to pre-empt the right of the accused not to testify. The filing of the earlier testimony was compelled self-incrimination. In *Mannion*, there was no such compulsion. The accused freely testified at his first trial and freely testified at his second trial. The compulsion, which lies at the root of the *quid pro quo* which in turn lies at the root of s. 13, was missing. Experience in the 20 years since *Dubois* and *Mannion* were decided shows that taking our eye off the underlying purpose of s. 13 has given rise to a number of distinctions and sub-distinctions that in the end have proven unworkable.

One such unworkable distinction was the one “between use of prior statements for the impeachment of credibility and use of prior statements for the purpose of incrimination” (para. 42).

[92] In *Henry*, the Court overruled *Mannion* for three main reasons. First, it had not been guided by the *quid pro quo* principle underlying s. 13. Second, failing to adhere to s. 13's purpose had created distinctions between impeachment of credibility and incrimination that were unworkable in practice. In *Henry*, the Court did away with those distinctions and properly returned the focus to the *quid pro quo*: compelled testimony in exchange for s. 13 protection against subsequent use of that testimony against the accused. Third, *Mannion* had led to an unprincipled distinction between an accused

[90] Le juge Binnie a noté que, dans *Mannion*, la Cour avait mis l'accent sur l'objet du contre-interrogatoire (l'incrimination), plutôt que sur l'objet de l'art. 13 (la protection contre l'auto-incrimination *forcée*). Il a affirmé que, même si notre Cour avait conclu que la décision rendue dans *Dubois* dictait l'issue dans *Mannion*, elle n'avait pas fait de commentaire sur une distinction essentielle : le témoignage de M. Dubois à son deuxième procès était un témoignage forcé (puisqu'il avait choisi de ne pas témoigner), tandis que M. Mannion avait témoigné volontairement à ses deux procès.

[91] Cette distinction était essentielle à la compréhension du principe du *quid pro quo*, qui soutient l'art. 13, et donc à celle de l'application correcte de l'art. 13, comme le juge Binnie l'a expliqué, au par. 42 :

Dans *Dubois*, le ministère public voulait agir d'une façon qui aurait empiété sur le droit de l'accusé de ne pas témoigner. Le dépôt du témoignage antérieur équivalait à une auto-incrimination forcée. Cette contrainte était absente dans l'affaire *Mannion*, où l'accusé avait choisi librement de témoigner à ses deux procès. La contrainte à l'origine de la contrepartie, qui constitue un élément essentiel de l'art. 13, n'existait pas. Ce qui s'est produit au cours des 20 années écoulées depuis les arrêts *Dubois* et *Mannion* démontre qu'en s'éloignant de l'objet fondamental de l'art. 13, on tend à établir des distinctions et sous-distinctions qui mènent à des impasses fonctionnelles.

L'une des distinctions menant à une telle impasse fonctionnelle était celle « entre attaquer la crédibilité de l'accusé et l'incriminer » (par. 42).

[92] Dans *Henry*, notre Cour a écarté *Mannion* pour trois motifs principaux. Premièrement, cet arrêt n'était pas fondé sur le principe du *quid pro quo* sous-jacent à l'objet de l'art. 13. Deuxièmement, le défaut d'interpréter l'art. 13 en fonction de son objet avait créé des distinctions entre attaquer la crédibilité et incriminer l'accusé qui menaient en pratique à des impasses fonctionnelles. Dans *Henry*, notre Cour a supprimé ces distinctions et a correctement remis l'accent sur le *quid pro quo* : un témoignage forcé en échange de la protection de l'art. 13 contre l'utilisation subséquente de ce

who voluntarily testified at his or her trial and retrial and an accused who was not an accused but a compellable witness in the first proceeding. By returning to the *quid pro quo* in *Henry*, the Court restored the balance: it strengthened a *compellable* witness's s. 13 protection while taking s. 13 protection away from an accused who has volunteered evidence in his or her own defence (para. 60). This was justified because, as Binnie J. noted,

[a]ccused persons who testify at their first trial and then volunteer inconsistent testimony at the retrial on the same charge are in no need of protection “from being indirectly compelled to incriminate themselves” in any relevant sense of the word, and s. 13 protection should not be available to them. [Emphasis deleted; para. 47.]

[93] Next, Binnie J. considered *Kuldip*, in which the accused, as in *Mannion*, had volunteered inconsistent testimony at his trial and at his retrial. In *Kuldip*, however, the Court had distinguished *Mannion* on the basis that the Crown was seeking to cross-examine the accused on his prior evidence for the purpose of impeachment and not for the purpose of incrimination. On the basis of this distinction, the Court held in *Kuldip* that the cross-examination was proper.

[94] Binnie J. noted that the result in *Kuldip* was correct, although not for the reasons stated by the Court. It was correct, rather, because the *quid pro quo* was not engaged. He reiterated that the distinction between using prior evidence to impeach credibility and using it to incriminate posed problems in practice. In making the point, he quoted Martin J.A. from the Court of Appeal's decision in *R. v. Kuldip* (1988), 40 C.C.C. (3d) 11, at para. 35:

Furthermore, in my view, where the prior evidence is used ostensibly to impeach the accused's credibility

témoignage contre l'accusé. Troisièmement, l'arrêt *Mannion* avait établi une distinction injustifiée entre un accusé qui témoigne volontairement à son premier et à son deuxième procès et un accusé qui n'était pas un accusé, mais un témoin contraignable dans l'instance antérieure. En revenant au *quid pro quo*, dans *Henry*, notre Cour a adopté une solution bien équilibrée : elle a renforcé la protection qu'offre l'art. 13 au témoin *contraignable*, tout en refusant la protection de l'art. 13 à un accusé qui a témoigné de manière volontaire pour sa propre défense (par. 60). Le juge Binnie a justifié cette approche en ces termes :

Les accusés qui, sans y être contraints, décident de témoigner à leur nouveau procès pour y faire des déclarations incompatibles avec celles qu'ils ont faites volontairement à leur premier procès relativement à la même accusation n'ont pas besoin d'être protégés « contre l'obligation indirecte de s'incriminer », quel que soit le sens attribué à ce mot, et ils ne devraient pas bénéficier de la protection de l'art. 13. [Soulignement omis; par. 47.]

[93] Le juge Binnie a ensuite examiné l'affaire *Kuldip*, dans laquelle l'accusé, comme dans *Mannion*, avait fait volontairement des déclarations incompatibles lors de son premier et de son deuxième procès. Cependant, dans *Kuldip*, notre Cour avait fait une distinction entre ce jugement et l'arrêt *Mannion* pour le motif que le ministère public cherchait à contre-interroger l'accusé sur son témoignage antérieur en vue d'attaquer sa crédibilité et non pour l'incriminer. Sur le fondement de cette distinction, notre Cour a conclu, dans *Kuldip*, que le contre-interrogatoire était autorisé.

[94] Le juge Binnie a précisé que le résultat dans *Kuldip* était correct, mais pas pour les motifs que notre Cour avait énoncés. Il était correct, car il n'y avait pas *quid pro quo*. Il a réitéré que la distinction entre l'utilisation d'un témoignage antérieur en vue d'attaquer la crédibilité de l'accusé et son utilisation en vue de l'incriminer pose des problèmes en pratique. Pour illustrer ce point de vue, il a cité l'opinion du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Kuldip* (1988), 40 C.C.C. (3d) 11, par. 35 :

[TRADUCTION] J'estime en outre que même si le témoignage antérieur est visiblement utilisé dans le seul



only, it nevertheless does assist the Crown in its case and, in a broad sense, may help to prove guilt. It is often difficult to draw a clear line between cross-examination on the accused's prior testimony for the purpose of incriminating him and such cross-examination for the purpose of impeaching his credibility. If the court concludes on the basis of the accused's contradictory statements that he deliberately lied on a material matter, that lie could give rise to an inference of guilt. [Quoting the Court of Appeal decision, at p. 23.]

[95] Indeed, in the instant case, the Crown submits that a prosecution for perjury or the giving of contradictory evidence would be “an inadequate remedy for an acquittal” (A.F., at para. 75 (emphasis added)). In other words, if a trier of fact were deprived of hearing prior inconsistent evidence given by an accused, an acquittal could result. The Crown therefore acknowledges that even evidence used solely for impeachment purposes can make the difference between a conviction and an acquittal. How, then, can one say that such evidence is not “incriminating” within the meaning of s. 13?

[96] Binnie J. then considered *Noël*. In that case, the accused had been a compellable witness at his brother's murder trial and had given evidence that implicated himself in the offence. When he was subsequently charged, he testified in his own defence and denied any involvement in the murder.

[97] Arbour J., writing for the majority in *Noël*, held that the cross-examination on the earlier evidence of the accused was impermissible. In doing so, she put the emphasis of the analysis back on the *quid pro quo*:

... when a witness who is compelled to give evidence in a court proceeding is exposed to the risk of self-incrimination, the state offers protection against the subsequent use of that evidence against the witness in exchange for his or her full and frank testimony. If the evidence proffered is less than full and frank, the witness is subject to prosecution for perjury or for the related offence of giving contradictory testimony. [Emphasis added; para. 21.]

but d'attaquer la crédibilité de l'accusé, il n'en concourt pas moins à prouver les allégations du ministère public et, dans un sens large, il peut contribuer à établir la culpabilité. Il est souvent difficile de faire la distinction entre un contre-interrogatoire portant sur le témoignage antérieur de l'accusé en vue de l'incriminer et le même genre de contre-interrogatoire en vue d'attaquer sa crédibilité. Le tribunal qui, à partir des déclarations contradictoires d'un accusé, conclut que ce dernier a menti sciemment sur un point important, pourrait en inférer qu'il est coupable. [Citant les motifs de la Cour d'appel, p. 23.]

[95] En fait, en l'espèce, le ministère public soutient qu'une poursuite pour parjure ou pour témoignages contradictoires [TRADUCTION] « ne constituerait pas une réparation adéquate pour un acquittement » (m.a., par. 75 (je souligne)). En d'autres termes, le fait d'empêcher le juge des faits d'entendre le témoignage antérieur incompatible d'un accusé pourrait provoquer un acquittement. Le ministère public reconnaît en conséquence que le témoignage utilisé à seule fin de miner la crédibilité peut faire la différence entre une déclaration de culpabilité et un acquittement. Comment peut-on alors affirmer que ce témoignage n'est pas « incriminant » au sens de l'art. 13?

[96] Le juge Binnie s'est aussi penché sur l'arrêt *Noël*. Dans cette affaire, l'accusé avait été un témoin contraignable au procès de son frère pour meurtre et avait offert un témoignage qui l'impliquait dans l'infraction. Lorsqu'il a été accusé par la suite, il a témoigné pour sa propre défense et a nié toute participation au meurtre.

[97] La juge Arbour, s'exprimant au nom des juges majoritaires dans *Noël*, a conclu que le contre-interrogatoire sur le témoignage antérieur de l'accusé était inacceptable. Ce faisant, elle a remis l'accent de l'analyse sur le *quid pro quo* :

... lorsqu'un témoin contraint de déposer au cours d'une procédure judiciaire risque de s'auto-incriminer, l'État lui offre une protection contre l'utilisation subséquente de cette preuve contre lui en échange de son témoignage complet et sincère. Si son témoignage n'est pas vraiment complet et sincère, le témoin peut être poursuivi pour parjure ou pour l'infraction connexe de témoignages contradictoires. [Je souligne; par. 21.]

[98] Binnie J. affirmed *Noël*. However, he distanced himself from Arbour J.'s comment that the Crown could be permitted to cross-examine an accused on prior testimony only "when there is no possibility that the jury could use the content of the prior testimony to draw an inference of guilt, except to the limited extent that a finding that the accused has been untruthful under oath could be damaging to his defence" (*Noël*, at para. 54). Instead, Binnie J. concluded that, for the purposes of s. 13, prior compelled testimony should "be treated as inadmissible in evidence against the accused, even for the ostensible purpose of challenging his or her credibility, and be restricted (in the words of s. 13 itself) to 'a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence'" (para. 50).

[99] Finally, Binnie J. considered *R. v. Allen*, 2003 SCC 18, [2003] 1 S.C.R. 223, a case with facts similar to those of *Noël*. The Court had applied *Noël* in an oral decision without much discussion. Like *Noël*, the decision was based on the *quid pro quo* and was affirmed in *Henry*.

[100] As can be seen, two major themes that are directly relevant to this appeal emerge from *Henry*. The first is that s. 13 only applies in situations in which the *quid pro quo* is engaged. Under s. 13, the *quid pro quo* refers to a witness's *compelled* evidence in exchange for a guarantee that the Crown will not use that evidence against that person in another proceeding. The second theme is that the distinction between using prior testimony to impeach credibility and using it to incriminate the accused should be abolished. I will comment briefly on these two points and how they apply to the case before the Court.

#### D. *Compelled Testimony*

[101] One of the Crown's main submissions is that the respondent was not "compelled" to testify at his examination for discovery in the civil action

[98] Le juge Binnie a confirmé le bien-fondé de la décision *Noël*. Cependant, il s'est distancié des commentaires de la juge Arbour selon lesquels le ministère public devrait être autorisé à contre-interroger un accusé sur un témoignage antérieur seulement « lorsqu'il est impossible que le jury puisse utiliser le contenu du témoignage antérieur pour inférer la culpabilité de l'accusé, sauf dans la mesure où la constatation que l'accusé a menti sous serment pourrait nuire à sa défense » (*Noël*, par. 54). Le juge Binnie a plutôt conclu que, pour l'application de l'art. 13, le témoignage antérieur forcé doit être considéré « comme inadmissible en preuve contre l'accusé, même dans le but manifeste d'attaquer sa crédibilité, et que son utilisation doit se limiter, selon les termes mêmes de l'art. 13, aux "poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires" » (par. 50).

[99] Enfin, le juge Binnie a examiné l'affaire *R. c. Allen*, 2003 CSC 18, [2003] 1 R.C.S. 223, dont les faits étaient semblables à ceux en cause dans *Noël*. Dans un jugement rendu oralement, notre Cour avait appliqué l'arrêt *Noël*, sans procéder à une longue analyse. Comme dans l'affaire *Noël*, la décision était fondée sur le *quid pro quo* et a été confirmée dans *Henry*.

[100] Comme nous pouvons le constater, deux thèmes importants directement pertinents en l'espèce se dégagent de l'arrêt *Henry*. Le premier est que l'art. 13 ne s'applique que dans les cas où il y a *quid pro quo*. Pour l'application de l'art. 13, il y a *quid pro quo* lorsqu'un témoin est *contraint* de témoigner en échange de la garantie que le ministère public n'utilisera pas ce témoignage contre lui dans une autre instance. Le deuxième est que la distinction entre l'utilisation d'un témoignage antérieur pour attaquer la crédibilité de l'accusé et son utilisation pour l'incriminer devrait être abolie. Je ferai de brefs commentaires sur ces deux points et sur la façon dont ils s'appliquent en l'espèce.

#### D. *Le témoignage forcé*

[101] Parmi les principaux moyens qu'il invoque, le ministère public prétend que, lors de l'interrogatoire préalable dans le cadre de l'action civile

against him in the sense described in *Henry*. The Crown argues that the respondent was not subjectively compelled, because he freely decided to attend the discovery proceeding [A.F., at para. 36], and that he was not objectively compelled, because he chose to file a statement of defence and to therefore put himself “within the grasp of the procedural rules . . . that would, only then, compel his evidence” (A.F., at para. 37).

[102] Although Binnie J. did not fully canvass what constitutes “compelled” evidence in the *Henry* sense, he did note that an accused who chooses to testify freely at his or her first trial and then at a retrial is not “compelled” and so does not qualify for s. 13 protection (para. 43). He also stated parenthetically that “[f]or present purposes, evidence of compellable witnesses should be treated as compelled even if their attendance was not enforced by a subpoena” (para. 34 (emphasis added)).

[103] Binnie J.’s observation that evidence from an accused who decides to testify is “voluntary” simply means that, because accused persons have a right not to be called to testify in their own defence under s. 11(c) of the *Charter*, any accused who chooses to testify waives his or her right not to be compellable. In contrast, a witness who voluntarily gives evidence at someone else’s trial is not giving evidence “voluntarily” within the meaning of *Henry* even if the witness decides to testify on his or her own volition, for example, to assist the accused. The difference is this: An accused who testifies voluntarily is waiving a constitutional right by choosing to testify. Any other witness can otherwise be compelled, meaning the witness is statutorily compellable regardless of whether he or she “volunteers” to take the stand. This view is confirmed by Binnie J.’s observation that “evidence of compellable witnesses should be treated as compelled even if their attendance was not enforced by a subpoena.”

[104] Therefore, whether the respondent freely decided to attend the discovery proceeding is

contre l’intimé, celui-ci n’était pas « forcé » de témoigner au sens de l’arrêt *Henry*. Le ministère public affirme que l’intimé n’était forcé de témoigner ni subjectivement, parce qu’il avait librement décidé de se soumettre à l’interrogatoire préalable [m.a., par. 36], ni objectivement, parce qu’il avait choisi de déposer une défense et donc de [TRADUCTION] « s’assujettir aux règles procédurales [. . .] aux termes desquelles il serait, seulement alors, contraint de témoigner » (m.a., par. 37).

[102] Bien que le juge Binnie n’ait pas examiné en détail ce qui constitue un témoignage « forcé » au sens de l’arrêt *Henry*, il a indiqué qu’un accusé qui choisit librement de témoigner à ses deux procès n’est pas un témoin « forcé » et ne bénéficie pas de la protection de l’art. 13 (par. 43). Il a aussi ouvert une parenthèse pour préciser : « En l’espèce, il y a lieu de considérer la déposition d’un témoin contraignable comme un témoignage forcé même si le témoin n’a pas été assigné formellement » (par. 34 (je souligne)).

[103] L’observation du juge Binnie selon laquelle un accusé qui décide de témoigner est un témoin « volontaire » signifie simplement que, du fait qu’un accusé possède le droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même en vertu de l’al. 11c) de la *Charte*, celui qui choisit de témoigner renonce à son droit de ne pas être contraignable. Par contre, un témoin qui dépose volontairement au procès de quelqu’un d’autre ne témoigne pas « volontairement » au sens de l’arrêt *Henry*, même s’il le fait de son plein gré, par exemple, pour aider l’accusé. La différence est celle-ci : un accusé qui témoigne volontairement renonce à un droit constitutionnel en choisissant de témoigner. Tout autre témoin peut par ailleurs être forcé, ce qui signifie que le témoin est contraignable en vertu de la loi, qu’il témoigne « volontairement » ou non. Ce point de vue est également confirmé par l’observation ci-après du juge Binnie : « . . . il y a lieu de considérer la déposition d’un témoin contraignable comme un témoignage forcé même si le témoin n’a pas été assigné formellement. »

[104] Par conséquent, le fait que l’intimé a librement décidé de se soumettre à l’interrogatoire

irrelevant. Whether a witness was compelled should not be determined on a subjective standard. It would be unprincipled to give a lesser degree of *Charter* protection to a witness who testifies willingly than to a witness who must be subpoenaed or otherwise forced to give evidence, if both could have been statutorily compelled to testify in any event. Therefore, to determine whether the *quid pro quo* is engaged in a particular case, the court should consider whether the witness was statutorily compellable and not whether the witness felt subjectively compelled to testify. The relevant question is this: Was the respondent statutorily compelled to give evidence in the proceeding?

[105] The Crown's second argument on compulsion is that the respondent was not objectively compelled because he chose to file a statement of defence, and therefore that he voluntarily put himself within the grasp of the powers of civil discovery.

[106] This argument must also fail. First, as noted by the intervener Advocates' Society, the integrity of the civil discovery process could be undermined if courts considered that those who defend civil actions are not "compelled" for the purposes of s. 13. Parties facing criminal proceedings might then find it advantageous not to co-operate in any civil action, thereby forcing the other party to obtain a court order compelling their testimony on discovery.

[107] More importantly, however, there is a principled reason why a defendant who gives evidence in a civil discovery proceeding is "compelled" for the purpose of s. 13. Again, the relevant question to ask is: Was the respondent *statutorily compelled* to give evidence in the proceeding? In this case, rule 31.04(2) of the *Rules of Civil Procedure* is the statutory authority that compels a defendant in a civil action to be examined for discovery *whether or not the defendant files a statement of defence*:

préalable n'est pas pertinent. Le caractère forcé d'un témoignage ne devrait pas être évalué suivant une norme subjective. Il serait contraire aux principes établis d'accorder au témoin qui offre de témoigner de son plein gré un degré de protection moindre en vertu de la *Charte* qu'au témoin qui est assigné ou autrement forcé de témoigner, dans le cas où ils auraient tous les deux pu être de toute façon forcés de témoigner en application de la loi. Par conséquent, afin d'établir s'il y a *quid pro quo* dans un cas donné, le tribunal devrait vérifier si le témoin était contraignable en vertu de la loi, et non s'il se sentait subjectivement forcé de témoigner. En l'espèce, la question pertinente est la suivante : l'intimé était-il forcé, en vertu de la loi, de témoigner dans l'instance?

[105] Selon le deuxième moyen soulevé par le ministère public relativement à la contrainte, l'intimé n'a pas été objectivement forcé de témoigner parce qu'il avait choisi de déposer une défense et s'était donc assujéti de son plein gré aux exigences de l'interrogatoire préalable en matière civile.

[106] Ce moyen doit également être rejeté. Premièrement, comme l'a fait remarquer l'intervenante l'Advocates' Society, l'intégrité de la procédure civile de communication préalable pourrait être compromise si les tribunaux considéraient que les défendeurs dans une action civile ne sont pas des témoins « forcés » pour l'application de l'art. 13. Les parties dans une instance criminelle pourraient alors trouver avantageux de ne pas coopérer dans une action civile, ce qui forcerait l'autre partie à obtenir une ordonnance pour les contraindre à témoigner lors de l'interrogatoire préalable.

[107] Qui plus est, cependant, il existe une raison de principe pour laquelle un défendeur qui témoigne dans le cadre d'une procédure civile de communication préalable constitue un témoin « forcé » pour l'application de l'art. 13. Encore une fois, la question pertinente est la suivante : L'intimé était-il *forcé, en vertu de la loi*, de témoigner dans l'instance? En l'espèce, la disposition législative aux termes de laquelle le défendeur est contraint de se soumettre à un interrogatoire préalable, *qu'il dépose ou non une défense*, est la règle 31.04(2) des *Règles de procédure civile* :

**31.04 . . .**

(2) A party who seeks to examine a defendant for discovery may serve a notice of examination under rule 34.04 or written questions under rule 35.01 only after,

- (a) the defendant has delivered a statement of defence and, unless the parties agree otherwise, the examining party has served an affidavit of documents; or
- (b) the defendant has been noted in default.

[108] Therefore, failing to file a statement of defence does not allow the respondent to “avoid coming within the grasp of the procedural rules . . . that would, only then, compel his evidence”, as the Crown asserts (A.F., at para. 37). Had the respondent failed to file a statement of defence, the plaintiff could have noted him in default and then, under rule 31.04(2)(b), obliged him to be examined for discovery. I note that whether the plaintiff actually took the step of noting the respondent in default is irrelevant. Just as it does not matter for the purposes of s. 13 that a witness who can be statutorily compelled to testify chooses to testify uncoerced, it does not matter that a plaintiff does not resort to the available statutory powers to compel a defendant to be examined for discovery. In either case, there is a statutory route by which to compel the witness to give evidence. This is what makes a witness compellable. Whether or not that route is actually taken does not change the fact that it was available and *could have been taken*.

[109] I conclude, therefore, that the respondent was statutorily compellable, and therefore “compelled” within the meaning of *Henry* and for the purposes of s. 13.

E. *Should the Court Revisit Henry?*

[110] *Henry* makes it quite clear that the distinction between using prior compelled testimony to impeach credibility and using it to incriminate the accused is unworkable. Even using so-called “innocent statements” to expose inconsistencies in the testimony of an accused will, as Martin J.A.

**31.04 . . .**

(2) La partie qui désire interroger au préalable un défendeur peut lui signifier un avis d’interrogatoire, conformément à la règle 34.04, ou un questionnaire, conformément à la règle 35.01, uniquement après :

- a) soit la remise de la défense par le défendeur et, à moins que les parties ne conviennent autrement, la signification d’un affidavit de documents par la partie interrogatrice;
- b) soit la constatation en défaut du défendeur.

[108] Par conséquent, le défaut de déposer une défense ne permet pas à l’intimé [TRADUCTION] « d’éviter de s’assujettir aux règles procédurales [. . .] aux termes desquelles il serait, seulement alors, contraint de témoigner », comme le fait valoir le ministère public (m.a., par. 37). Si le défendeur avait omis de déposer une défense, le demandeur aurait pu le faire constater en défaut et l’obliger ensuite, en vertu de la règle 31.04(2)b), à être interrogé au préalable. Je note que le fait que le demandeur ait ou non effectivement fait constater l’intimé en défaut n’est pas pertinent. S’il importe peu pour l’application de l’art. 13 qu’un témoin, susceptible d’être forcé de témoigner en vertu de la loi, choisisse de le faire de son plein gré, il n’importe pas davantage qu’un demandeur n’utilise pas le pouvoir que lui confère la loi de contraindre un défendeur à se soumettre à un interrogatoire préalable. Dans les deux cas, la loi offre un moyen de contraindre le témoin. C’est ce qui rend un témoin contraignable. Que ce moyen ait été utilisé ou non ne change pas le fait qu’il existe et qu’il *aurait pu être utilisé*.

[109] Je conclus donc que l’intimé était un témoin contraignable en vertu de la loi et, par conséquent, un témoin « forcé » au sens de l’arrêt *Henry* et pour l’application de l’art. 13.

E. *La Cour devrait-elle reconsidérer l’arrêt Henry?*

[110] L’arrêt *Henry* établit clairement que la distinction entre l’utilisation d’un témoignage antérieur forcé pour attaquer la crédibilité de l’accusé et son utilisation pour l’incriminer mène à des impasses fonctionnelles. Pour reprendre les propos du juge Martin dans *Kuldip*, même l’utilisation de

said in *Kuldip*, “assist the Crown in its case and, in a broad sense, may help to prove guilt” (p. 23). Counsel for the respondent summarized this concern in oral argument before this Court: “. . . the distinction doesn’t really exist between incriminating and impeaching. If you are impeaching, you are advancing the Crown’s case. There may be an inference of consciousness of guilt” (transcript, at p. 52).

[111] I agree that, in the context of s. 13, there can be no such distinction in practice. Any evidence that may assist the Crown in proving its case, including evidence impeaching the credibility of the accused, will have an incriminating effect and must therefore be subject to s. 13 protection.

[112] It seems evident, therefore, that this distinction is not compatible with the underlying purpose of s. 13. One need only go back to the cases in which the distinction was maintained to see just how inconsistently — and at times arbitrarily — it was applied in practice. There were undoubtedly accused persons whose s. 13 *Charter* rights were unduly diminished under this approach. It is for this reason that the Court abolished this problematic distinction in *Henry*.

[113] The concerns expressed in *Henry* with respect to the difference between using prior compelled testimony to impeach credibility and using it to incriminate still exist. Should this Court nevertheless revisit *Henry* on this point?

[114] In *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at para. 58, a majority of this Court endorsed Binnie J.’s observation in *Henry*, at para. 44, that “[t]he Court should be particularly careful before reversing a precedent where the effect is to diminish *Charter* protection.” Further, the majority in *Fraser* noted that

supposées « déclarations innocentes » pour exposer des incompatibilités dans le témoignage d’un accusé [TRADUCTION] « n’en concourt pas moins à prouver les allégations du ministère public et, dans un sens large, [elle] peut contribuer à établir la culpabilité » (p. 23). L’avocat de l’intimé a résumé cette préoccupation dans sa plaidoirie orale devant la Cour : [TRADUCTION] « . . . il n’existe pas réellement de distinction entre attaquer la crédibilité et incriminer l’accusé. Si vous attaquez la crédibilité, vous servez la cause du ministère public. Il peut être conclu à l’existence d’un sentiment de culpabilité » (transcription, p. 52).

[111] Dans le contexte de l’art. 13, je conviens qu’on ne peut faire une pareille distinction en pratique. Tout témoignage susceptible de concourir à prouver les allégations du ministère public, y compris celui qui est utilisé pour attaquer la crédibilité de l’accusé, aura un effet incriminant et doit donc être protégé par l’art. 13.

[112] Il semble donc évident qu’une telle distinction n’est pas compatible avec l’objectif sous-jacent de l’art. 13. Il suffit de revenir aux décisions dans lesquelles cette distinction a été maintenue pour constater jusqu’à quel point elle a été appliquée en pratique de manière incohérente, voire parfois arbitraire. Il y a incontestablement des accusés dont les droits garantis par l’art. 13 ont été indûment réduits par l’application de cette approche. C’est pour cette raison que notre Cour a aboli cette distinction problématique dans l’arrêt *Henry*.

[113] Les préoccupations exprimées dans *Henry* relativement à la différence entre l’utilisation d’un témoignage antérieur pour attaquer la crédibilité de l’accusé et son utilisation pour l’incriminer valent toujours. Notre Cour devrait-elle néanmoins reconsidérer l’arrêt *Henry* sur ce point?

[114] Dans *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 58, notre Cour a réitéré à la majorité l’observation suivante faite par le juge Binnie dans *Henry*, par. 44, « [l]a Cour doit se montrer particulièrement prudente avant d’écarter un précédent lorsque ce revirement a pour effet d’affaiblir une protection offerte par la

this Court should not overturn one of its own decisions lightly, especially if the decision represents the considered views of a firm majority and is of “recent vintage” (para. 57). In *Copthorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721, Rothstein J., writing for the Court, cited *Fraser* with approval and stated that “[b]efore a court will entertain reversing a recently decided decision, there must be substantial reasons to believe the precedent was wrongly decided” (para. 57).

[115] In my view, there are no substantial reasons to believe *Henry* was wrongly decided. Nor are there any compelling or principled reasons to reintroduce the distinction between impeachment and incrimination, thereby reducing the scope of s. 13 of the *Charter*. *Henry* is a fairly recent, unanimous decision of this Court, which has largely been welcomed by the profession for providing predictability and simplifying the law in this area: see, e.g., H. Stewart, “*Henry* in the Supreme Court of Canada: Reorienting the s. 13 Right against Self-incrimination” (2006), 34 C.R. (6th) 112; P. Sankoff, “*R. v. Nedelcu*: The Role of Compulsion in Excluding Incriminating Prior Testimony under Section 13 of the *Charter*” (2011), 83 C.R. (6th) 55.

[116] Nothing has changed since *Henry*, and it should not be revisited.

F. *Problem of Conflicting Testimony: Does Henry Apply?*

[117] The soundness of the *Henry* decision has now been reaffirmed. There seems to be an argument, however, that the case at bar is an unforeseen consequence of *Henry* and that *Henry* cannot possibly apply given the rather blatant inconsistencies in the respondent’s testimony.

[118] The Crown submits that providing s. 13 protection for compelled testimony for all purposes

*Charte*. » Par ailleurs, les juges majoritaires dans l’arrêt *Fraser* ont fait remarquer que notre Cour ne devrait pas écarter à la légère l’un de ses propres arrêts, tout particulièrement si cet arrêt exprime l’avis réfléchi d’une majorité claire et, d’autant plus, s’il a un « caractère récent » (par. 57). Dans l’arrêt *Copthorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721, le juge Rothstein, s’exprimant au nom de la Cour, a cité en l’approuvant l’arrêt *Fraser* et a affirmé que, « [p]our que la cour envisage d’écarter un arrêt récent, elle doit avoir des motifs sérieux de croire que la décision est erronée » (par. 57).

[115] À mon avis, il n’existe pas de motifs sérieux de croire que l’arrêt *Henry* est mal fondé. Il n’existe pas non plus de motifs impérieux ni de raisons de principe justifiant que l’on réintroduise la distinction entre attaquer la crédibilité de l’accusé et l’incriminer, et que l’on réduise ainsi la portée de l’art. 13 de la *Charte*. L’arrêt *Henry* est une décision assez récente et unanime de notre Cour, que les membres de la profession ont en grande partie accueillie favorablement parce qu’il permet un résultat prévisible et simplifie le droit dans ce domaine : voir, p. ex., H. Stewart, « *Henry* in the Supreme Court of Canada : Reorienting the s. 13 Right against Self-incrimination » (2006), 34 C.R. (6th) 112; P. Sankoff, « *R. v. Nedelcu* : The Role of Compulsion in Excluding Incriminating Prior Testimony under Section 13 of the *Charter* » (2011), 83 C.R. (6th) 55.

[116] Rien n’a changé depuis l’arrêt *Henry* et il ne devrait pas être reconsidéré.

F. *Le problème des témoignages contradictoires : L’arrêt Henry s’applique-t-il?*

[117] La justesse de l’arrêt *Henry* a maintenant été confirmée de nouveau. Toutefois, il semble exister un argument voulant que la présente affaire soit une conséquence imprévue de l’arrêt *Henry* et que ce dernier ne puisse s’appliquer compte tenu des incompatibilités plutôt flagrantes dans le témoignage de l’intimé.

[118] Par exemple, le ministère public soutient que la protection de l’art. 13 contre l’utilisation d’un

allows accused persons to tailor their evidence as they see fit and therefore impedes the truth-seeking function of a criminal trial.

[119] The response to this argument is that, in adopting the *Charter*, we chose as a society to balance the truth-seeking function of a criminal trial against the rights of the accused. Every day, this function is balanced against other important objectives, such as preserving the repute of the administration of justice by excluding unconstitutionally obtained evidence.

[120] The point here is that s. 13 is but one example of how the truth-seeking function of a criminal trial is not pursued at all costs. In this case, s. 13 dictates that the truth-seeking function of the trial give way to the right of the accused against self-incrimination. This limitation must be considered in light of the greater balancing of interests embodied in the *Charter*.

[121] The intervener Attorney General of Quebec also expresses concerns about the truth-seeking function of a trial and puts forward an alternative approach for determining whether an accused can be cross-examined on prior evidence. In the intervener's view, a *voir dire* should be conducted in every case to determine whether the probative value of the prior evidence outweighs its prejudicial effects.

[122] This approach raises at least three problems. First, it adds a layer of complexity to an already complicated trial process. Second, such an approach is not required by the *Charter*. Third, and most importantly, the weighing proposed by the intervener would have the effect of compromising the s. 13 rights of the accused in some cases. The approach proposed by the Attorney General of Quebec is therefore incompatible with *Henry*.

[123] A further point is what I would describe as the trial judge's desire to avoid an unpalatable

témoignage forcé à quelque fin que ce soit permet pratiquement à un accusé de façonner sa preuve comme il l'entend et de nuire ainsi à la fonction de recherche de la vérité d'un procès criminel.

[119] À cet argument, je réponds qu'en adoptant la *Charte* nous avons choisi, en tant que société, d'établir un équilibre entre la fonction de recherche de la vérité et les droits de l'accusé. Chaque jour, cette fonction doit être mise en équilibre avec d'autres objectifs importants, comme celui de préserver la réputation de l'administration de la justice par l'exclusion d'éléments de preuve obtenus de façon inconstitutionnelle.

[120] Or, l'art. 13 ne constitue qu'un exemple des cas où la fonction de recherche de la vérité d'un procès criminel ne saurait être préservée à tout prix. En l'espèce, l'art. 13 veut que la fonction de recherche de la vérité du procès criminel cède le pas au droit de l'accusé de ne pas s'incriminer. Cette limite doit être examinée au regard de la pondération générale des intérêts consacrés dans la *Charte*.

[121] L'intervenant, le procureur général du Québec, a lui aussi exprimé des préoccupations quant à la fonction de recherche de la vérité d'un procès et a proposé une autre approche pour déterminer si un accusé peut être contre-interrogé sur un témoignage antérieur. De l'avis de cet intervenant, un voir-dire devrait être tenu dans tous les cas pour établir si la valeur probante du témoignage antérieur l'emporte sur ses effets préjudiciables.

[122] Cette approche soulève au moins trois problèmes. Premièrement, elle ajoute un niveau de complexité à un processus judiciaire déjà compliqué. Deuxièmement, la *Charte* n'impose pas le recours à une telle approche. Troisièmement, et ce qui est le plus important, la pondération proposée par l'intervenant aurait pour effet, dans certains cas, de compromettre les droits que l'art. 13 garantit à l'accusé. L'approche proposée par le procureur général du Québec est donc incompatible avec l'arrêt *Henry*.

[123] Un élément connexe est ce que je décrirais comme le désir du juge du procès d'éviter d'arriver



result. At para. 18 of his *voir dire* reasons, he acknowledged that the respondent's evidence seemed to meet the *Henry* requirement of compellability; however, in his view, to apply *Henry* without considering the context "could easily give rise to a form of philosophical and practical dissonance that seems rather awkward, and perhaps even perverse, in the result". And he made the following observation at para. 50: ". . . if the introduction of the evidence is denied, a significant mischief could ensue. . . . With impunity, [the accused] could tailor his evidence to suit his needs in each particular proceeding." Similarly, the Crown asks in its factum, "Why would s. 13 of the *Charter* . . . protect [the respondent] from impeachment in circumstances where there is clear evidence that he has lied under oath?" (para. 48).

[124] This Court was fully alive to this issue in *Henry*. By eliminating the distinction between impeachment and incrimination, the Court explicitly opened the door to this kind of result:

. . . prior *compelled* evidence should, under s. 13 . . . , be treated as inadmissible in evidence against the accused, even for the ostensible purpose of challenging his or her credibility, and be restricted (in the words of s. 13 itself) to "a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence". [Italics in original; underlining added; para. 50.]

Therefore, this case falls squarely within the expected outcomes of *Henry*.

[125] As Binnie J. noted in *Henry*, prior compelled evidence can be used in "a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence". Laying criminal charges for perjury is the appropriate way to deal with witnesses who "tailor [their] evidence to suit [their] needs in each particular proceeding" without diluting the *Charter* rights of the accused. This approach maintains respect for the administration of justice while fully preserving the s. 13 right of the accused. The protection afforded

à un résultat inacceptable. Au paragraphe 18 de ses motifs sur le voir-dire, il reconnaît que le témoignage de l'intimé semble satisfaire à l'exigence de contraignabilité établie dans *Henry*; cependant, à son avis, appliquer cet arrêt sans tenir compte du contexte [TRADUCTION] « risquerait facilement de donner lieu à une forme de dissonance pratique et philosophique qui semble plutôt inusitée, voire même illogique, quant au résultat ». Et au par. 50, il a souligné que, « si la présentation de la déposition est refusée, il pourrait s'ensuivre des conséquences très néfastes. [ . . . ] [L'accusé] pourrait, en toute impunité, façonner sa preuve de manière à répondre à ses besoins dans chaque instance. » Dans le même ordre d'idées, le ministère public soulève la question suivante dans son mémoire : [TRADUCTION] « Pourquoi l'art. 13 de la *Charte* [ . . . ] protégerait-il [l'intimé] contre une attaque à sa crédibilité dans des circonstances où il existe une preuve claire qu'il a menti sous serment? » (par. 48).

[124] Dans *Henry*, notre Cour était pleinement consciente de cette question. En éliminant la distinction entre attaquer la crédibilité de l'accusé et l'incriminer, notre Cour a explicitement ouvert la voie à ce type de résultat :

. . . je conclus donc que le témoignage antérieur *forcé* doit être considéré, [ . . . ] sous le régime de l'art. 13 [ . . . ] comme inadmissible en preuve contre l'accusé, même dans le but manifeste d'attaquer sa crédibilité, et que son utilisation doit se limiter, selon les termes mêmes de l'art. 13, aux « poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires ». [En italique dans l'original; je souligne; par. 50.]

Par conséquent, la présente affaire se situe clairement parmi les résultats qu'on attendait de l'arrêt *Henry*.

[125] Comme le juge Binnie l'a indiqué dans *Henry*, les témoignages antérieurs forcés peuvent être utilisés dans des « poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires ». Le dépôt d'une accusation criminelle de parjure est la mesure à prendre à l'égard de témoins qui [TRADUCTION] « façonne[nt] [leur] preuve de manière à répondre à [leurs] besoins dans chaque instance », sans qu'il soit porté atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé. Cette façon de faire maintient le respect

by s. 13 is not lost when a witness gives what is perceived to be dishonest testimony. Although the *quid pro quo* is meant to encourage full and frank evidence, it is not a “contract” with a witness that can be nullified if the witness lies under oath: see *Noël*, at para. 24.

### G. Reinterpretation and Reversal of *Henry*

[126] I have had the benefit of reading Moldaver J.’s reasons, and with respect, I cannot agree with his interpretation of *Henry*.

[127] First, this proposed reading of *Henry* is unsupported by the Court’s reasons in that case. Second, his interpretation was not raised by any of the parties or interveners. Indeed, it is entirely contrary to Crown counsel’s submissions before this Court. The Crown acknowledged that it could not succeed without departing from its own understanding of *Henry*, with which I agree. In counsel’s own words:

And Ontario is here today appreciating and letting me say right now that *Henry* creates a formidable hurdle on this appeal. I am not oblivious to that fact. [Emphasis added; transcript, at p. 2.]

[128] Third, my colleague’s approach dilutes *Henry*. As I stated earlier in these reasons, *Henry* has been lauded as a decision that brought predictability and clarity to a previously murky area of law. This interpretation of *Henry* will again send the application of s. 13 into a state of confusion. It will cause uncertainty regarding the s. 13 rights of an accused.

[129] I am not aware of any decision since *Henry* in which a court has inquired into whether the statements of an accused were “innocent” or

envers l’administration de la justice, tout en préservant le droit que l’art. 13 confère à l’accusé. Le témoin qui ne semble pas faire une déposition honnête n’est pas privé de la protection offerte par l’art. 13. Bien que le *quid pro quo* vise à favoriser un témoignage complet et sincère, il ne s’agit pas d’un « contrat » conclu avec le témoin, qui peut être annulé si le témoin ment sous serment : voir *Noël*, par. 24.

### G. Nouvelle interprétation et rejet de l’arrêt *Henry*

[126] J’ai pris connaissance des motifs du juge Moldaver, mais, en toute déférence, je ne puis souscrire à l’interprétation qu’il donne de l’arrêt *Henry*.

[127] Premièrement, les motifs de la Cour dans l’arrêt *Henry* n’étaient pas l’interprétation de cet arrêt proposée par le juge Moldaver. Deuxièmement, aucune partie ni aucun intervenant n’a soulevé cette interprétation. En fait, celle-ci va directement à l’encontre des observations présentées par le procureur du ministère public devant la Cour. Le ministère public a reconnu qu’il ne pouvait pas obtenir gain de cause sans s’écarter de sa propre interprétation de l’arrêt *Henry*, à laquelle je souscris. Comme l’a fait remarquer le procureur :

[TRADUCTION] L’Ontario est ici aujourd’hui, à comprendre et à me laisser dire maintenant que l’arrêt *Henry* constitue un obstacle énorme dans le cadre du présent pourvoi. J’en suis conscient. [Je souligne; transcription, p. 2.]

[128] Troisièmement, l’approche adoptée par mon collègue atténue l’effet de l’arrêt *Henry*. Comme je l’ai déjà mentionné dans mes motifs, l’arrêt *Henry* a été accueilli favorablement en raison de la prévisibilité et de la clarté qu’il a apportées dans un domaine du droit auparavant nébuleux. Cette interprétation de l’arrêt *Henry* sèmera à nouveau la confusion autour de l’application de l’art. 13. Elle créera de l’incertitude relativement aux droits que l’art. 13 garantit à l’accusé.

[129] À ma connaissance, depuis que notre Cour a prononcé l’arrêt *Henry*, aucun tribunal n’a tenté de déterminer si les déclarations d’un accusé étaient

“incriminating” in order to determine whether s. 13 applied. Courts will now have to conduct *voir dire*s to make this determination, which will both encumber the trial process and render the scope of s. 13 dubious in theory and uncertain in practice. Such uncertainty undermines the objective of the *quid pro quo*, which is to encourage full and frank testimony. Without knowing in advance how their evidence might be used in future proceedings, witnesses will undoubtedly be less likely to display candour, a consequence that is completely at odds with what this Court sought to accomplish in *Henry*. This will also undoubtedly reduce the scope of the s. 13 protection that previously compelled witnesses have had since *Henry*.

[130] In *Henry*, Binnie J. recognized the importance of ensuring predictability in the application of s. 13. He concluded his reasons by stating that the approach he proposed would avert the “unpredictability inherent in sorting out attacks on credibility from attempts at incrimination” (para. 60). In my view, my colleague’s opinion reintroduces uncertainty by resurrecting the abandoned distinction, for s. 13 purposes, between “innocuous” and “incriminating” evidence. Witnesses will be less likely to testify truthfully if they do not know, when called to testify, whether and to what extent the evidence they give will be admissible against them in future proceedings.

[131] The focus of *Henry* is on compulsion, not on the nature of the statements. My colleague rightly points out that s. 13 refers to using “incriminating statements” to “incriminate”. However, this Court found in *Henry* that drawing a distinction between using prior compelled evidence to impeach and using it to incriminate was unrealistic. Likewise, Binnie J. implicitly found that the distinction between “incriminating statements” and “innocuous statements” was unrealistic, as he stated at para. 45:

« innocentes » ou « incriminantes » pour décider si l’art. 13 s’appliquait ou non. Les tribunaux devront maintenant tenir un voir-dire pour répondre à cette question, ce qui aura pour effet d’allourdir le processus judiciaire et de rendre la portée de l’art. 13 douteuse en théorie et incertaine en pratique. Une telle incertitude compromet l’objectif du *quid pro quo* qui consiste à favoriser le témoignage complet et sincère. Sans savoir à l’avance comment leur témoignage pourrait être utilisé dans une procédure ultérieure, les témoins seront sans doute moins enclins à la sincérité, une conséquence qui va complètement à l’encontre du résultat voulu par la Cour dans *Henry*. De plus, la portée de la protection dont les personnes qui ont été contraintes à témoigner bénéficiaient depuis l’arrêt *Henry* en vertu de l’art. 13 s’en trouvera assurément réduite.

[130] Dans *Henry*, le juge Binnie a reconnu l’importance de la prévisibilité à l’égard de l’application de l’art. 13. À la fin de ses motifs, il a déclaré que l’interprétation proposée permettrait d’éviter « l’imprévisibilité inhérente à la distinction entre attaquer la crédibilité de quelqu’un et tenter de l’incriminer » (par. 60). J’estime que l’interprétation proposée par mon collègue rétablit l’incertitude en redonnant effet à la distinction abandonnée entre le témoignage « inoffensif » et le témoignage « incriminant » pour l’application de l’art. 13. Les témoins seront moins disposés à rendre un témoignage sincère s’ils ignorent, au moment où ils sont appelés à témoigner, si leur témoignage sera admissible contre eux dans le cadre d’une procédure ultérieure, et dans quelle mesure il le sera.

[131] L’arrêt *Henry* porte principalement sur la contrainte et non sur la nature du témoignage. Mon collègue souligne à juste titre que l’art. 13 vise l’utilisation des « déclarations incriminantes » d’une personne pour « l’incriminer ». Toutefois, notre Cour a déjà décidé dans *Henry* que la distinction entre l’utilisation d’un témoignage antérieur forcé pour attaquer la crédibilité d’une personne et son utilisation pour l’incriminer était irréaliste. De même, le juge Binnie a conclu implicitement que la distinction entre les « déclarations incriminantes » et les « déclarations inoffensives » était également irréaliste, comme il l’explique, au par. 45 :

In *Noël*, it will be recalled, the Court identified permissible cross-examination by reference to testimony “innocuous” when made at the initial trial and “innocuous” when used at the retrial, opening up consideration of various combinations and permutations of statements innocuous/incriminating, incriminating/innocuous and incriminating/incriminating, an exercise in classification that when argued on a question by question basis can become both protracted and somewhat unpredictable, as an examination of the questions at issue in the present appeal illustrates. [Emphasis added.]

Therefore, parsing an accused person’s testimony to distinguish what is “incriminating” from what is “innocuous” in order to determine on what parts of his or her testimony the accused may be cross-examined might result in a “protracted” and “unpredictable” classification exercise. This is the approach the majority endorses, and in my view, it is directly at odds with *Henry*.

[132] My colleague appears willing to recognize and reaffirm a departure from the strict words of s. 13 in the case of prior compelled evidence on the basis of *Henry*: such evidence cannot be used *for any purpose*. However, he does not seem willing to acknowledge that a departure from the strict words of s. 13 is also warranted — and Binnie J. stated as much in *Henry* — with respect to the kind of evidence that will give rise to the *quid pro quo*. This departure is necessary because the same practical difficulties that arise when determining what constitutes “impeachment” and what constitutes “incrimination” also arise when determining what is “incriminating” evidence and what is “innocuous” evidence.

[133] In the case at bar, Crown counsel unintentionally, yet convincingly, demonstrated in her submissions at trial that the distinction proposed in my colleague’s reasons, though attractive in theory, is unworkable in practice:

MS. PRENGER: . . . And how at the end of the day, I think it’s in *Kuldip* where they essentially say, you know, if it goes so -- and I think this is perhaps your

On se rappellera que, dans *Noël*, la Cour a déterminé quels contre-interrogatoires étaient permis en faisant référence au témoignage qui est « inoffensif » au procès initial et demeure « inoffensif » au moment où il est utilisé lors du nouveau procès, ouvrant ainsi la porte à l’examen de diverses combinaisons et permutations de déclarations inoffensives/incriminantes, incriminantes/inoffensives et incriminantes/incriminantes, un exercice de classification qui, s’il est exécuté individuellement pour chaque question, peut durer longtemps et donner un résultat imprévisible, comme le révèle l’examen des questions en litige en l’espèce. [Je souligne.]

Par conséquent, scruter le témoignage d’un accusé pour différencier ses déclarations « incriminantes » de ses déclarations « inoffensives », de façon à déterminer les questions sur lesquelles pourrait porter le contre-interrogatoire, constituerait un exercice qui peut « durer longtemps » et « donner un résultat imprévisible ». C’est l’approche retenue par la majorité et, à mon avis, elle va directement à l’encontre de l’arrêt *Henry*.

[132] Mon collègue semble disposé à reconnaître et à réaffirmer, en s’appuyant sur *Henry*, une dérogation au libellé strict de l’art. 13 à l’égard d’un témoignage antérieur forcé : un tel témoignage ne peut être invoqué à *quelque fin que ce soit*. Il ne semble cependant pas prêt à reconnaître qu’il y a également lieu de déroger au libellé strict de l’art. 13 (et le juge Binnie l’a d’ailleurs dit dans l’arrêt *Henry*) selon la nature du témoignage qui donne naissance au *quid pro quo*. Cette dérogation est nécessaire parce qu’il est aussi difficile, en pratique, de différencier un témoignage incriminant d’un témoignage inoffensif que de faire la distinction entre « attaquer la crédibilité » et « incriminer l’accusé ».

[133] En l’espèce, la procureure du ministère public a de façon involontaire, mais convaincante, démontré dans ses observations que la distinction proposée dans les motifs de mon collègue, bien qu’intéressante en théorie, mène à une impasse fonctionnelle en pratique :

[TRADUCTION]

M<sup>c</sup> PRENGER : . . . Et comment, en fin de compte, je pense que c’est dans *Kuldip* où on dit essentiellement, vous savez, si c’est ainsi — et je pense que c’est

point, Your Honour. When it goes so to the heart of credibility, it can't help the forward journey of incrimination because one links into the other.

THE COURT: Uh huh.

MS. PRENGER: And perhaps with Mr. Nedelcu's case, when there is such a huge, what I would respectfully suggest, is a huge contradiction, and even though it goes directly towards credibility, as per *Henry* now, it could still, to a degree, be given some weight towards incrimination.

THE COURT: There's an analogy in the case of alibi evidence. There's a case called *Pearce* . . . .

MS. PRENGER: M'hmm.

THE COURT: . . . that says if you simply don't believe the alibi, that goes to credibility but if you feel the accused concocted the alibi, then that goes to the question of guilt.

MS. PRENGER: Right.

THE COURT: So it can be used as positive evidence of guilt.

MS. PRENGER: Right.

THE COURT: And here you're saying if it's -- it's so big . . .

MS. PRENGER: So aggravating.

THE COURT: It's so big a difference it obviously goes to credibility but can also be used to imply guilt. Is that what you're saying?

MS. PRENGER: That would be my position and I think that's what *Henry* suggests, that there can be a root there. [Emphasis added; A.R., vol. III, at pp. 49-51.]

[134] If this Court is prepared to say that once s. 13 is engaged, no use of an accused person's prior testimony is permissible because of the unrealistic distinction between impeachment and incrimination, then, by logical extension, the same must be said about the distinction between innocuous and incriminating evidence. If "innocuous" statements can be used at a subsequent trial to "impeach" the accused, as the majority contends, then that "innocuous" statement could have the effect of incriminating, since it has already been determined in *Henry* that the distinction between impeachment

probablement ce que vous voulez dire, Votre Honneur. Si c'est une question qui touche au cœur de la crédibilité, il n'y a rien à faire pour éviter l'incrimination parce que ces facteurs sont reliés.

LA COUR : Hum-hum.

M<sup>c</sup> PRENGER : Et peut-être, en ce qui concerne le cas de M. Nedelcu, lorsqu'il y a, à mon humble avis, une énorme contradiction, et même si la crédibilité est concernée directement, selon l'arrêt *Henry*, on pourra quand même lui accorder du poids, dans une certaine mesure, pour ce qui est de l'incrimination.

LA COUR : Il existe une analogie dans le cas d'une preuve d'alibi. Par exemple, l'affaire *Pearce* . . .

M<sup>c</sup> PRENGER : Hum.

LA COUR : . . . selon laquelle, si l'on ne croit tout simplement pas l'alibi, il s'agit d'une question de crédibilité, mais si l'on estime que l'accusé a inventé l'alibi, il s'agit d'une question de culpabilité.

M<sup>c</sup> PRENGER : Exact.

LA COUR : On peut donc l'utiliser comme preuve positive de la culpabilité.

M<sup>c</sup> PRENGER : Exact.

LA COUR : Et vous dites que si elle est — elle est tellement grande. . .

M<sup>c</sup> PRENGER : Tellement aggravante.

LA COUR : La différence est tellement grande qu'elle touche manifestement à la crédibilité, mais elle peut également être utilisée pour conclure à la culpabilité. Est-ce bien ce que vous voulez dire?

M<sup>c</sup> PRENGER : Ce serait ma position et je crois que c'est ce que dit l'arrêt *Henry*, qu'il peut y avoir un élément à l'appui. [Je souligne; d.a., vol. III, p. 49-51.]

[134] Si la Cour est prête à affirmer que, lorsque l'art. 13 s'applique, toute utilisation du témoignage antérieur de l'accusé est interdite parce que la distinction entre attaquer la crédibilité et incriminer l'accusé est irréaliste, alors, logiquement, il faut en dire autant de la distinction entre le témoignage inoffensif et le témoignage incriminant. S'il est possible d'utiliser des déclarations « inoffensives » lors d'un procès subséquent pour « attaquer la crédibilité » de l'accusé, comme l'affirme la majorité, la déclaration « inoffensive » pourrait avoir pour effet d'incriminer l'accusé, puisqu'il a été établi,

and incrimination is unrealistic in the context of s. 13. It is incongruous to accept that one distinction is unrealistic for the purpose of determining whether s. 13 applies, but not the other.

[135] The examples given by my colleague in his reasons illustrate how difficult it is to distinguish “innocuous” evidence from “incriminating” evidence, especially given that “[t]he focus of the right is on the second proceedings, the time at which the previous testimony is sought to be used, rather than the time at which it is given” (*Dubois*, at p. 361). His explanation of those examples is reminiscent of the rationalization in pre-*Henry* cases with respect to whether the purpose of the cross-examination was impeachment or incrimination. This seems to take us back to where we were before *Henry*.

[136] Although my colleague is correct to say that rejecting an accused person’s testimony does not create evidence for the Crown, impeaching an accused lends support to the Crown’s position and may assist in proving guilt. That was the whole point of eliminating the distinction between impeachment and incrimination in *Henry*, and Binnie J. made this clear at para. 35 when he endorsed the view of Martin J.A. in *Kuldip*:

*Kuldip* can be seen as an attempt by the Court to put the brakes on *Mannion*, but in its unwillingness to reconsider its reasoning in *Mannion*, the Court was required to resort to reliance on the sometimes difficult distinction between the purposes of impeachment of credibility and incrimination. Although this distinction is well established in the law (see, e.g., *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660, at para. 25), its practicality in this particular context is frequently questioned. It is worth setting out in full what was said by Arthur Martin J.A., writing in *Kuldip*, when it was before the Ontario Court of Appeal:

Furthermore, in my view, where the prior evidence is used ostensibly to impeach the accused’s credibility only, it nevertheless does assist the

dans *Henry*, que la distinction entre « attaquer la crédibilité » et « incriminer l’accusé » est irréaliste dans le contexte de l’art. 13. Il me paraît illogique d’accepter que l’une des distinctions est irréaliste lorsqu’il s’agit de déterminer si l’art. 13 s’applique, mais que l’autre ne l’est pas.

[135] Les exemples donnés par mon collègue dans ses motifs indiquent à quel point il est difficile de différencier un témoignage « inoffensif » d’un témoignage « incriminant », surtout parce que « [l]e droit vise principalement les secondes procédures, la date où l’on cherche à utiliser le témoignage antérieur, plutôt que celle où il a été donné » (*Dubois*, p. 361). Son explication au sujet de ces exemples rappelle le raisonnement adopté dans les décisions antérieures à l’arrêt *Henry* quant à savoir si le contre-interrogatoire a pour objet d’attaquer la crédibilité de l’accusé ou de l’incriminer. Ce qui nous replace, il me semble, dans la même situation qu’avant l’arrêt *Henry*.

[136] Bien que mon collègue ait raison lorsqu’il affirme que le témoignage d’un accusé auquel on n’ajoute pas foi ne constitue pas pour autant un élément de preuve à charge, le coup porté à la crédibilité de l’accusé sert la thèse du ministère public et peut contribuer à établir la culpabilité. C’est précisément pour cette raison que la distinction entre attaquer la crédibilité et incriminer l’accusé a été éliminée dans *Henry*. Le juge Binnie l’a indiqué clairement au par. 35, lorsqu’il a souscrit à l’opinion du juge Martin dans l’arrêt *Kuldip* :

On peut voir dans *Kuldip* une tentative de la Cour de circonscrire la portée de l’arrêt *Mannion*, mais en voulant éviter de reconsidérer le raisonnement qu’elle avait suivi dans *Mannion*, la Cour a dû recourir à la distinction, parfois difficile à faire, entre l’objectif d’attaquer la crédibilité de l’accusé et l’objectif de l’incriminer. Bien que cette distinction soit bien établie en droit (p. ex. voir *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660, par. 25), son utilité pratique dans le contexte qui nous occupe est souvent remise en question. Ce qu’en a dit le juge Arthur Martin de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Kuldip*, mérite d’être cité textuellement :

[TRADUCTION] J’estime en outre que même si le témoignage antérieur est visiblement utilisé dans le seul but d’attaquer la crédibilité, il n’en concourt pas

Crown in its case and, in a broad sense, may help to prove guilt. It is often difficult to draw a clear line between cross-examination on the accused's prior testimony for the purpose of incriminating him and such cross-examination for the purpose of impeaching his credibility. If the court concludes on the basis of the accused's contradictory statements that he deliberately lied on a material matter, that lie could give rise to an inference of guilt. [p. 23] [Emphasis added.]

[137] I acknowledge that the facts of this case are not favourable to the accused. However, the case must be decided by applying the principles laid out in *Henry*, not by attempting to carve out an exception that is manifestly incompatible with *Henry* in order to arrive at a desired result.

#### H. *This Court's Comment in Juman*

[138] Finally, I wish to briefly address the Crown's argument that this Court's comment in *Juman* provides the answer to the question before us.

[139] In *Juman*, the Court was considering the scope of the implied undertaking rule in British Columbia. The question for the Court was under what circumstances, if any, information in discovery transcripts could be used for a purpose other than that of the civil action in question.

[140] Binnie J., writing for the Court, noted that the implied undertaking rule is a "recognition of the examinee's privacy interest" but that this privacy interest is not absolute (para. 30). He then cited several exceptions of compelling public interests that could "trump" an examinee's privacy interest. At para. 41, he noted that one such exception is "where the deponent has given contradictory testimony about the same matters in successive or different proceedings". In making this point, Binnie J. quoted the trial reasons in the instant case: "Any other outcome would allow a person accused of an offence [w]ith impunity [to] tailor his evidence to

moins à prouver les allégations du ministère public et, dans un sens large, il peut contribuer à établir la culpabilité. Il est souvent difficile de faire la distinction entre un contre-interrogatoire portant sur le témoignage antérieur de l'accusé en vue de l'incriminer et le même genre de contre-interrogatoire en vue d'attaquer sa crédibilité. Le tribunal qui, à partir des déclarations contradictoires d'un accusé, conclut que ce dernier a menti sciemment sur un point important, pourrait en inférer qu'il est coupable. [p. 23] [Je souligne.]

[137] Je reconnais que les faits de l'espèce ne sont pas favorables à l'accusé. Toutefois, il faut trancher l'affaire en appliquant les principes énoncés dans *Henry*, et non en essayant d'établir une exception manifestement incompatible avec cet arrêt afin d'arriver au résultat souhaité.

#### H. *Le commentaire de notre Cour dans l'arrêt Juman*

[138] Enfin, je tiens à aborder brièvement l'argument du ministère public selon lequel le commentaire de notre Cour dans l'arrêt *Juman* offre la réponse à la question dont nous sommes saisis.

[139] Dans l'arrêt *Juman*, notre Cour examinait la portée de la règle de l'engagement implicite en Colombie-Britannique. Nous avons à décider si des renseignements figurant dans la transcription d'un interrogatoire préalable pouvaient être utilisés à toute autre fin que l'action civile en question, et dans quelles circonstances ils pouvaient l'être.

[140] Le juge Binnie, s'exprimant au nom de la Cour, a indiqué que la règle de l'engagement implicite vise à « protéger le droit de la personne interrogée à sa vie privée », mais que ce droit n'est pas absolu (par. 30). Il a ensuite cité plusieurs exceptions possibles d'intérêts publics impérieux qui peuvent « primer » le droit de la personne interrogée à sa vie privée. Au paragraphe 41, il a fait remarquer que l'une de ces exceptions est « celle où le déposant a fourni un témoignage contradictoire sur les mêmes questions dans des instances successives ou différentes ». À l'appui de cette observation, le juge Binnie a cité un extrait des

suit his needs in each particular proceeding’ (*R. v. Nedelcu* (2007), 41 C.P.C. (6th) 357 (Ont. S.C.J.), at paras. 49-51).”

[141] The Court of Appeal in the instant case correctly noted that *Juman* was not a s. 13 case. Although s. 13 had been raised at other stages in the litigation, by the time it was heard in this Court, s. 13 was no longer at issue. Therefore, the fact that Binnie J. quoted the trial judge’s reasons cannot be taken as an endorsement of the trial judge’s approach to s. 13. The words in *Juman* illustrate a point related to the implied undertaking rule only. They do not suggest that s. 13 protection should be diminished in the case of an accused who makes inconsistent statements.

[142] In fact, Binnie J. specifically noted that there was no *Charter* issue before the Court and that any use of discovery transcripts in a criminal context would have to take into consideration the *Charter* rights of the accused:

If criminal charges are brought, the prosecution may also compel a witness to produce a copy of the documents or transcripts in question from his or her possession by a subpoena *duces tecum*. The trial judge would then determine what, if any, use could be made of the material, having regard to the appellant’s Charter rights and any other relevant considerations. None of these issues arise for decision on the present appeal. [Emphasis added; para. 57.]

[143] Although there may be exceptions to the implied undertaking rule that include the giving of contradictory testimony, this does not mean that those same exceptions will apply to the s. 13 rights of an accused. A civil procedure rule cannot be compared to a constitutional guarantee. They involve different interests and have different degrees of flexibility.

motifs du juge du procès en l’espèce : « Autrement, une personne accusée d’avoir commis une infraction pourrait [TRADUCTION] “[e]n toute impunité façonner sa preuve de manière à répondre à ses besoins dans chaque instance” (*R. c. Nedelcu* (2007), 41 C.P.C. (6th) 357 (C.S.J. Ont.), par. 49-51). »

[141] En l’espèce, la Cour d’appel a fait remarquer à juste titre que l’arrêt *Juman* ne portait pas sur l’art. 13. Même si l’art. 13 y avait été soulevé à d’autres étapes du litige, lorsque nous avons été saisis de cette affaire, l’application de l’art. 13 n’était plus en litige. Le fait que le juge Binnie ait cité les motifs du juge du procès dans le présent dossier ne peut donc vouloir dire qu’il souscrivait à l’approche du juge du procès concernant l’art. 13. Ses propos dans *Juman* illustrent un point de vue sur la règle de l’engagement implicite seulement. Ils ne laissent pas entendre que la protection de l’art. 13 devrait être réduite lorsqu’un accusé fait des déclarations incompatibles.

[142] En fait, le juge Binnie a expressément affirmé que la Cour n’était pas saisie d’une question relative à la *Charte* et que l’utilisation de la transcription de l’interrogatoire préalable dans un contexte criminel devrait tenir compte des droits que la *Charte* garantit à l’accusé :

Si des accusations criminelles sont portées, le ministère public peut aussi, par voie de subpoena *duces tecum*, obliger un témoin à produire une copie des documents ou des transcriptions qu’il a en sa possession. Le juge du procès déciderait ensuite quel usage, si usage il y a, en serait fait compte tenu des droits de l’appelante garantis par la Charte et de toute autre considération pertinente. Aucune de ces questions n’est soulevée en l’espèce. [Je souligne; par. 57.]

[143] Bien qu’il puisse exister des exceptions à la règle de l’engagement implicite, notamment dans le cas d’un témoignage contradictoire, cela ne signifie pas que les mêmes exceptions s’appliqueront aux droits que l’art. 13 garantit à un accusé. Une règle de procédure civile ne se compare pas à une garantie constitutionnelle. Elles mettent en jeu des intérêts différents et ne peuvent pas être appliquées avec le même degré de souplesse.



[144] As noted by the Court of Appeal below, there is nothing in *Juman* that alters the ratio of *Henry*. *Juman* is of no assistance in this case.

V. Conclusion

[145] I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, LEBEL, FISH and CROMWELL JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Schreck Presser, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Borden Ladner Gervais, Ottawa; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Stockwoods, Toronto.*

[144] Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel en l'espèce, rien dans l'arrêt *Juman* ne modifie la *ratio decidendi* de l'arrêt *Henry*. L'arrêt *Juman* n'est pas utile en l'espèce.

V. Conclusion

[145] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, les juges LEBEL, FISH et CROMWELL sont dissidents.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé : Schreck Presser, Toronto.*

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

*Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Borden Ladner Gervais, Ottawa; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Stockwoods, Toronto.*

**Frederick Moore on behalf of  
Jeffrey P. Moore** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of the  
Province of British Columbia, as represented  
by the Ministry of Education, and Board of  
Education of School District No. 44 (North  
Vancouver), formerly known as The Board  
of School Trustees of School District No. 44  
(North Vancouver)** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario, Justice for  
Children and Youth, British Columbia  
Teachers' Federation, Council of Canadians  
with Disabilities, Ontario Human Rights  
Commission, Saskatchewan Human Rights  
Commission, Alberta Human Rights  
Commission, International Dyslexia  
Association, Ontario Branch, Canadian  
Human Rights Commission, Learning  
Disabilities Association of Canada, Canadian  
Constitution Foundation, Manitoba Human  
Rights Commission, West Coast Women's  
Legal Education and Action Fund, Canadian  
Association for Community Living,  
Commission des droits de la personne et  
des droits de la jeunesse, British Columbia  
Human Rights Tribunal and First Nations  
Child and Family Caring Society of  
Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: MOORE v. BRITISH COLUMBIA (EDU-  
CATION)**

**2012 SCC 61**

File Nos.: 34040, 34041.

2012: March 22; 2012: November 9.

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

**Frederick Moore au nom de  
Jeffrey P. Moore** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la province  
de la Colombie-Britannique, représentée  
par le ministère de l'Éducation, et Board of  
Education of School District No. 44 (North  
Vancouver), anciennement appelé The Board  
of School Trustees of School District No. 44  
(North Vancouver)** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario, Justice  
for Children and Youth, British Columbia  
Teachers' Federation, Conseil des Canadiens  
avec déficiences, Commission ontarienne  
des droits de la personne, Saskatchewan  
Human Rights Commission, Alberta Human  
Rights Commission, International Dyslexia  
Association, Ontario Branch, Commission  
canadienne des droits de la personne,  
Association canadienne des troubles  
d'apprentissage, Canadian Constitution  
Foundation, Commission des droits de  
la personne du Manitoba, West Coast  
Women's Legal Education and Action Fund,  
Association canadienne pour l'intégration  
communautaire, Commission des droits de la  
personne et des droits de la jeunesse, British  
Columbia Human Rights Tribunal et Société  
de soutien à l'enfance et à la famille des  
Premières Nations du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : MOORE c. COLOMBIE-BRITANNIQUE  
(ÉDUCATION)**

**2012 CSC 61**

N<sup>os</sup> du greffe : 34040, 34041.

2012 : 22 mars; 2012 : 9 novembre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Human rights — Discrimination — Prohibited grounds — Mental or physical disability — Education — Student with dyslexia attending public school — School district cancelling special education program requiring student to enrol in specialized private school — Whether school district discriminating against student by failing to provide necessary remediation — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 8.*

*Education law — School regulation and administration — Curriculum and education programs — Obligations of school authorities — What constitutes meaningful access to education for students with learning disabilities — School Act, S.B.C. 1989, c. 61.*

J suffered from severe dyslexia for which he received special education at his public school. In Grade 2, a psychologist employed by the school district recommended that since he could not get the remedial help he needed at his school, he should attend the local Diagnostic Centre to receive the necessary remediation. When the Diagnostic Centre was closed by the school district, J transferred to a private school to get the instruction he needed. His father filed a complaint with the B.C. Human Rights Tribunal on J's behalf against the school district and the Province on the grounds that J had been denied a "service . . . customarily available to the public" under s. 8 of the B.C. *Human Rights Code*. The Tribunal concluded that there was discrimination against J by the District and the Province and ordered a wide range of sweeping systemic remedies against both. It also ordered that the family be reimbursed for the tuition costs of J's private school. The reviewing judge set aside the Tribunal's decision, finding that there was no discrimination. A majority of the Court of Appeal dismissed the appeal.

*Held:* The appeal is substantially allowed.

The purpose of the *School Act* in British Columbia is to ensure that "all learners . . . develop their individual potential and . . . acquire the knowledge, skills and attitudes needed to contribute to a healthy, democratic and pluralistic society and a prosperous and sustainable economy". This is an acknowledgment by the government that the reason children are entitled to an

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

*Droits de la personne — Discrimination — Motifs de distinction illicite — Déficience mentale ou physique — Éducation — Fréquentation de l'école publique par un élève dyslexique — L'annulation par le district scolaire d'un programme d'éducation spécialisée a eu pour effet d'obliger l'élève à s'inscrire dans une école privée spécialisée — Le district scolaire a-t-il commis de la discrimination à l'endroit de l'élève en ne lui fournissant pas les mesures de remédiation nécessaires? — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 8.*

*Droit de l'éducation — Réglementation et administration des écoles — Programmes d'éducation — Obligations des autorités scolaires — En quoi consiste l'accès concret à l'éducation dans le cas des élèves ayant des troubles d'apprentissage? — School Act, S.B.C. 1989, ch. 61.*

Atteint de dyslexie grave, J profitait à cet égard de mesures d'éducation spécialisée à l'école publique qu'il fréquentait. En deuxième année du primaire, comme il ne pouvait pas obtenir l'assistance dont il avait besoin au sein de son école, une psychologue travaillant pour le district scolaire a recommandé qu'il fréquente le Centre de diagnostic local afin de bénéficier des mesures de remédiation nécessaires. Lorsque le district scolaire a fermé le Centre de diagnostic, J a été transféré dans une école privée pour y recevoir l'enseignement dont il avait besoin. Le père de J a déposé au nom de ce dernier, auprès du Tribunal des droits de la personne de la C.-B., une plainte contre le district scolaire et la province, leur reprochant d'avoir privé J d'un « service [. . .] destiné au public » visé à l'art. 8 du *Human Rights Code* de la C.-B. Le Tribunal a conclu que J avait fait l'objet de discrimination par le district et par la province et il a prononcé contre eux un large éventail de mesures de réparation d'ordre systémique de portée considérable. De plus, il a ordonné le remboursement à la famille des frais de scolarité payés pour que J fréquente l'école privée. La juge siégeant en révision a annulé la décision du Tribunal, concluant qu'il n'y avait pas eu discrimination. La Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli en grande partie.

La *School Act* de la Colombie-Britannique a pour objectif de faire en sorte que « tous les apprenants [. . .] développe[nt] leur potentiel et [. . .] acqui[èrent] les connaissances, les habiletés et les attitudes nécessaires pour contribuer à l'établissement d'une société saine, démocratique et pluraliste et d'une économie durable et florissante ». Le gouvernement reconnaît par là que la

education is that a healthy democracy and economy require their educated contribution. Adequate special education, therefore, is not a dispensable luxury. For those with severe learning disabilities, it is the ramp that provides access to the statutory commitment to education made to *all* children in British Columbia.

The “service” to which J is entitled under s. 8 of the B.C. *Human Rights Code* is education generally. To define special education as the service at issue risks descending into a kind of “separate but equal” approach. Comparing J only with other special needs students would mean that the District could cut *all* special needs programs and yet be immune from a claim of discrimination. If J is compared only to other special needs students, full consideration cannot be given to whether he had meaningful access to the education to which *all* students in British Columbia are entitled. This risks perpetuating the very disadvantage and exclusion the *Code* is intended to remedy.

To demonstrate *prima facie* discrimination under s. 8, complainants must show that they have a characteristic protected from discrimination; that they have experienced an adverse impact with respect to a service customarily available to the public; and that the protected characteristic was a factor in the adverse impact. Once a *prima facie* case has been established, the burden shifts to the respondent to justify the conduct or practice. If it cannot be justified, discrimination will be found to occur.

There is no dispute that J’s dyslexia is a disability. There is equally no question that any adverse impact he suffered is related to his disability. The question then is whether J has, without reasonable justification, been denied meaningful access to the general education available to all children in British Columbia based on his disability.

*Prima facie* discrimination was made out based on the insufficiently intensive remediation provided by the District for J’s learning disability in order for him to get access to the education he was entitled to. J received some special education assistance until Grade 3, but the Tribunal’s conclusion that the remediation was far from adequate to give J the education to which

raison pour laquelle les enfants ont droit à l’éducation est qu’une démocratie et une économie saines requièrent leur contribution en tant que citoyens instruits. Des services d’éducation spécialisée adéquats ne sont donc pas un luxe dont la société peut se passer. Dans le cas des personnes atteintes de troubles d’apprentissage sévères, de tels services servent de rampe permettant de concrétiser l’engagement pris dans la loi envers *tous* les enfants en Colombie-Britannique, à savoir l’accès à l’éducation.

Le « service » auquel J a droit en vertu de l’art. 8 du *Human Rights Code* de la C.-B. est l’éducation en général. Considérer l’éducation spécialisée comme le service en cause risque d’aboutir à des justifications du genre « séparé mais équivalent ». Si J était comparé uniquement à d’autres élèves ayant des besoins spéciaux, cela signifierait que le district pourrait supprimer *tous* les programmes destinés à ces élèves mais rester néanmoins à l’abri d’une plainte de discrimination. S’il est comparé uniquement à d’autres élèves ayant des besoins spéciaux, il n’est pas possible d’examiner dans son ensemble la question de savoir s’il a profité de l’accès concret à l’éducation auquel ont droit *tous* les élèves de la Colombie-Britannique. Cette approche risque de perpétuer exactement le désavantage et l’exclusion que le *Code* est censé corriger.

Pour établir à première vue l’existence de discrimination visée à l’art. 8, les plaignants doivent démontrer qu’ils possèdent une caractéristique protégée contre la discrimination, qu’ils ont subi un effet préjudiciable relativement à un service destiné au public et que la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l’effet préjudiciable. Une fois la discrimination établie à première vue, l’intimé a alors le fardeau de justifier la conduite ou la pratique. Si la conduite ou pratique ne peut être justifiée, le tribunal conclura à l’existence de la discrimination.

Personne ne conteste que la dyslexie dont J est atteint constitue une déficience. Il ne fait également aucun doute que tout effet préjudiciable qu’il a pu subir est lié à cette déficience. La question à trancher consiste donc à se demander si l’on a sans justification raisonnable privé J, en raison de la déficience dont il est atteint, de l’accès concret aux services d’éducation générale destinés à tous les enfants en Colombie-Britannique.

La discrimination à première vue a été établie en raison du caractère insuffisamment intensif des mesures de remédiation mises en œuvre par le district, compte tenu des troubles d’apprentissage de J, afin de donner à ce dernier accès à l’éducation à laquelle il avait droit. J a reçu une forme d’aide pédagogique spécialisée jusqu’en troisième année, mais la conclusion du Tribunal que les

he was entitled, was fully supported by the evidence. The Tribunal found that the family was told by District employees that J required intensive remediation. As a result of the closing of the Diagnostic Centre, a private school was the only alternative that would provide the intense remediation that J required.

The Tribunal found that when the decision to close the Diagnostic Centre was made, the District did so without knowing how the needs of students like J would be addressed, and without undertaking a needs-based analysis to consider what might replace the Diagnostic Centre, or assessing the effect of the closure on Severe Learning Disabilities students. It was the combination of the clear recognition by the District, its employees and the experts that J required intensive remediation in order to have meaningful access to education, the closing of the Diagnostic Centre, and the fact that the family was told that these services could not otherwise be provided by the District, that justified the Tribunal's conclusion that the failure of the District to meet J's educational needs constituted *prima facie* discrimination.

The next question is whether the District's conduct was justified. The District's justification centred on the budgetary crisis it faced during the relevant period, which led to the closure of the Diagnostic Centre and other related cuts. The Tribunal's findings that the District had other options available for addressing its budgetary crisis should not be disturbed. The Tribunal accepted that the District faced financial difficulties during the relevant period. Yet it also found that cuts were disproportionately made to special needs programs. Despite their similar cost, the District retained some discretionary programs, such as the Outdoor School — an outdoor campus where students learned about community and the environment — while eliminating the Diagnostic Centre.

More significantly, the Tribunal found that the District undertook *no* assessment, financial or otherwise, of what alternatives were or could be reasonably available to accommodate special needs students if the Diagnostic Centre were closed. The failure to consider financial alternatives completely undermined the District's argument that it was justified in providing *no* meaningful access to an education for J because it had

mesures de remédiation étaient loin d'être suffisantes pour fournir à J l'éducation à laquelle il avait droit était entièrement étayée par la preuve. Le Tribunal a jugé que des employés du district avaient prévenu la famille que J avait besoin de mesures de remédiation intensives. Par suite de la fermeture du Centre de diagnostic, ces mesures ne pouvaient être obtenues que dans une école privée.

Le Tribunal a jugé que, lorsque le district a décidé de fermer le Centre de diagnostic, il l'a fait sans savoir comment il serait satisfait aux besoins des élèves comme J, et sans avoir réalisé d'analyse des besoins, considéré quelles mesures pourraient remplacer le Centre de diagnostic ou évalué l'effet de cette fermeture sur les élèves ayant des troubles d'apprentissage sévères. C'est la combinaison de la reconnaissance sans équivoque par le district, par ses employés et par les experts du besoin de J de profiter des mesures de remédiation intensives pour avoir accès concrètement à l'éducation, de la fermeture du Centre de diagnostic et du fait que la famille avait été avisée que le district n'était pas en mesure de fournir autrement ces services qui a justifié le Tribunal de conclure que l'omission du district de répondre aux besoins de J en matière d'éducation constituait de la discrimination à première vue.

La question suivante consiste à décider si la conduite du district était justifiée. La justification invoquée par le district repose sur la crise financière qu'il traversait durant la période pertinente et qui a mené à la fermeture du Centre de diagnostic et à d'autres compressions connexes. Il n'y a pas lieu de modifier les constatations du Tribunal suivant lesquelles le district disposait d'autres solutions pour régler sa crise budgétaire. Le Tribunal a accepté que le district était aux prises avec des difficultés financières durant la période pertinente. Toutefois, il a en outre conclu que des compressions avaient visé de manière disproportionnée les programmes destinés aux élèves ayant des besoins spéciaux. En effet, le district avait maintenu des programmes discrétionnaires comme l'école en plein air (« *Outdoor School* ») — un centre de plein air où les élèves recevaient de l'enseignement sur la collectivité et l'environnement — alors qu'il avait supprimé le Centre de diagnostic, et ce, malgré les coûts similaires de ces programmes.

Fait plus important encore, le Tribunal a conclu que le district n'avait procédé à *aucune* évaluation, financière ou autre, des solutions de rechange qui existaient ou auraient pu raisonnablement être trouvées pour répondre aux besoins des élèves ayant des besoins spéciaux si la décision de fermer le Centre de diagnostic était prise. L'omission d'envisager d'autres réaménagements financiers invalide complètement l'argument du district, à

no choice. In order to decide that it had no other choice, it had at least to consider what those other choices were.

The finding of discrimination against the District is therefore restored.

### Cases Cited

**Referred to:** *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868.

### Statutes and Regulations Cited

*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, s. 59.  
*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 8.  
*School Act*, S.B.C. 1989, c. 61, preamble.  
*School Amendment Act*, S.B.C. 1993, c. 6.

### Authors Cited

British Columbia. Ministry of Education. *Mandate for the School System*. Vancouver: The Ministry, 1989.  
 British Columbia. Ministry of Education. *Special Programs: A Manual of Policies, Procedures and Guidelines*. Vancouver: The Ministry, 1985.  
 Brodsky, Gwen, Shelagh Day and Yvonne Peters. *Accommodation in the 21<sup>st</sup> Century*. Canadian Human Rights Commission, 2012 (online: [http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/accommodation\\_eng.pdf](http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/accommodation_eng.pdf)).

savoir qu'il avait été justifié de *ne pas* fournir à J d'accès concret à l'éducation, parce qu'il n'avait pas eu le choix d'agir comme il l'a fait. Pour décider qu'il ne disposait d'aucune autre solution, le district devait à tout le moins se demander quelles auraient pu être ces autres solutions.

La conclusion de discrimination prononcée à l'encontre du district est rétablie.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Brown c. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868.

### Lois et règlements cités

*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 59.  
*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 8.  
*School Act*, S.B.C. 1989, ch. 61, préambule.  
*School Amendment Act*, S.B.C. 1993, ch. 6.

### Doctrine et autres documents cités

Brodsky, Gwen, Shelagh Day et Yvonne Peters. *Les accommodements du XXI<sup>e</sup> siècle*. Commission canadienne des droits de la personne, 2012 (en ligne : [http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/accommodation\\_fra.pdf](http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/accommodation_fra.pdf)).

Colombie-Britannique. Ministry of Education. *Mandate for the School System*. Vancouver : The Ministry, 1989.

Colombie-Britannique. Ministry of Education. *Special Programs : A Manual of Policies, Procedures and Guidelines*. Vancouver : The Ministry, 1985.

MacKay, A. Wayne. “Connecting Care and Challenge: Tapping Our Human Potential” (2008), 17 *E.L.J.* 37.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Rowles, Saunders and Low J.J.A.), 2010 BCCA 478, 12 B.C.L.R. (5th) 246, 326 D.L.R. (4th) 77, 294 B.C.A.C. 185, 498 W.A.C. 185, 71 C.H.R.R. D/238, [2011] 3 W.W.R. 383, [2010] B.C.J. No. 2097 (QL), 2010 CarswellBC 3446, affirming a decision of Dillon J., 2008 BCSC 264, 81 B.C.L.R. (4th) 107, 62 C.H.R.R. D/289, [2008] 10 W.W.R. 518, [2008] B.C.J. No. 348 (QL), 2008 CarswellBC 388, reversing a decision of the British Columbia Human Rights Tribunal, 2005 BCHRT 580, 54 C.H.R.R. D/245, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 580 (QL), 2005 CarswellBC 3573. Appeal substantially allowed.

*Frances M. Kelly and Devyn Cousineau*, for the appellant.

*Leah Greathead and E. W. (Heidi) Hughes*, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia, as represented by the Ministry of Education.

*Laura N. Bakan, Q.C., David J. Bell and Kristal M. Low*, for the respondent the Board of Education of School District No. 44 (North Vancouver), formerly known as The Board of School Trustees of School District No. 44 (North Vancouver).

*Robert E. Charney and Sarah Kraicer*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Andrea Luey*, for the intervener Justice for Children and Youth.

*Diane MacDonald and Robyn Trask*, for the intervener the British Columbia Teachers’ Federation.

Written submissions only by *Gwen Brodsky, Yvonne Peters and Melina Buckley*, for the intervener the Council of Canadians with Disabilities.

*Anthony D. Griffin*, for the interveners the Ontario Human Rights Commission, the

MacKay, A. Wayne. « Connecting Care and Challenge : Tapping Our Human Potential » (2008), 17 *E.L.J.* 37.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Rowles, Saunders et Low), 2010 BCCA 478, 12 B.C.L.R. (5th) 246, 326 D.L.R. (4th) 77, 294 B.C.A.C. 185, 498 W.A.C. 185, 71 C.H.R.R. D/238, [2011] 3 W.W.R. 383, [2010] B.C.J. No. 2097 (QL), 2010 CarswellBC 3446, qui a confirmé une décision de la juge Dillon, 2008 BCSC 264, 81 B.C.L.R. (4th) 107, 62 C.H.R.R. D/289, [2008] 10 W.W.R. 518, [2008] B.C.J. No. 348 (QL), 2008 CarswellBC 388, ayant infirmé une décision du Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique, 2005 BCHRT 580, 54 C.H.R.R. D/245, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 580 (QL), 2005 CarswellBC 3573. Pourvoi accueilli en grande partie.

*Frances M. Kelly et Devyn Cousineau*, pour l’appellant.

*Leah Greathead et E. W. (Heidi) Hughes*, pour l’intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique, représentée par le ministère de l’Éducation.

*Laura N. Bakan, c.r., David J. Bell et Kristal M. Low*, pour l’intimé Board of Education of School District No. 44 (North Vancouver), anciennement appelé The Board of School Trustees of School District No. 44 (North Vancouver).

*Robert E. Charney et Sarah Kraicer*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Andrea Luey*, pour l’intervenante Justice for Children and Youth.

*Diane MacDonald et Robyn Trask*, pour l’intervenante British Columbia Teachers’ Federation.

Argumentation écrite seulement par *Gwen Brodsky, Yvonne Peters et Melina Buckley*, pour l’intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences.

*Anthony D. Griffin*, pour les intervenantes la Commission ontarienne des droits de la personne, la

Saskatchewan Human Rights Commission and the Alberta Human Rights Commission.

*Rahool P. Agarwal, Christopher W. Cummins and Rowan E. Weaver*, for the intervener the International Dyslexia Association, Ontario Branch.

*Brian Smith and Philippe Dufresne*, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

*Yude M. Henteleff, Q.C.*, and *Darla L. Rettie*, for the intervener the Learning Disabilities Association of Canada.

*Ranjan K. Agarwal and Daniel Holden*, for the intervener the Canadian Constitution Foundation.

Written submissions only by *Isha Khan*, for the intervener the Manitoba Human Rights Commission.

*Alison Dewar*, for the intervener the West Coast Women's Legal Education and Action Fund.

*Roberto Lattanzio and Laurie Letheren*, for the intervener the Canadian Association for Community Living.

*Athanassia Bitzakidis*, for the intervener Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

*Denise E. Paluck*, for the intervener the British Columbia Human Rights Tribunal.

*Nicholas McHaffie and Sarah Clarke*, for the intervener the First Nations Child and Family Caring Society of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — This case is about the education of Jeffrey Moore, a child with a severe learning disability who claims that he was discriminated against because the intense remedial instruction he needed in his early school years for his dyslexia

Saskatchewan Human Rights Commission et Alberta Human Rights Commission.

*Rahool P. Agarwal, Christopher W. Cummins et Rowan E. Weaver*, pour l'intervenante International Dyslexia Association, Ontario Branch.

*Brian Smith et Philippe Dufresne*, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

*Yude M. Henteleff, c.r.*, et *Darla L. Rettie*, pour l'intervenante l'Association canadienne des troubles d'apprentissage.

*Ranjan K. Agarwal et Daniel Holden*, pour l'intervenante Canadian Constitution Foundation.

Argumentation écrite seulement par *Isha Khan*, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne du Manitoba.

*Alison Dewar*, pour l'intervenant West Coast Women's Legal Education and Action Fund.

*Roberto Lattanzio et Laurie Letheren*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour l'intégration communautaire.

*Athanassia Bitzakidis*, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

*Denise E. Paluck*, pour l'intervenant British Columbia Human Rights Tribunal.

*Nicholas McHaffie et Sarah Clarke*, pour l'intervenante la Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Le présent pourvoi porte sur l'éducation de Jeffrey Moore, un enfant ayant des troubles d'apprentissage sévères, qui soutient avoir été victime de discrimination, parce que les mesures de remédiation intensives dont il aurait eu



was not available in the public school system. Based on the recommendation of a school psychologist, Jeffrey's parents enrolled him in specialized private schools in Grade 4 and paid the necessary tuition. The remedial instruction he received was successful and his reading ability improved significantly.

[2] Jeffrey's father, Frederick Moore, filed a human rights complaint against the School District and the British Columbia Ministry of Education alleging that Jeffrey had been discriminated against because of his disability and had been denied a "service . . . customarily available to the public", contrary to s. 8 of the *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210 ("Code").

[3] The Human Rights Tribunal held 43 days of hearings, receiving evidence about the funding and administration of special education in the District and Province, the District's budgetary constraints at the relevant time, dyslexia generally, and Jeffrey's circumstances in particular.

[4] The Tribunal concluded that the failure of the public school system to give Jeffrey the support he needed to have meaningful access to the educational opportunities offered by the Board, amounted to discrimination under the *Code*. I agree.

[5] The preamble to the *School Act*,<sup>1</sup> the operative legislation when Jeffrey was in school, stated that "the purpose of the British Columbia school system is to enable all learners to develop their individual potential and to acquire the knowledge, skills and attitudes needed to contribute to a healthy, democratic and pluralistic society and a prosperous and sustainable economy". This declaration of purpose is an acknowledgment by the government that the reason all children are entitled to an education, is

1 S.B.C. 1989, c. 61, as amended in 1993 (*School Amendment Act*, S.B.C. 1993, c. 6).

besoin au cours de ses premières années d'école en raison de sa dyslexie n'étaient pas offertes dans le système scolaire public. Sur la recommandation d'un psychologue scolaire, les parents de Jeffrey l'ont inscrit dans des écoles privées spécialisées en 4<sup>e</sup> année du primaire et ont payé les frais de scolarité nécessaires. Les mesures de remédiation qu'il a suivies ont porté fruit et son habileté à la lecture s'est améliorée de façon appréciable.

[2] Le père de Jeffrey, Frederick Moore, a déposé à l'encontre du district scolaire et du ministère de l'Éducation de la Colombie-Britannique une plainte fondée sur les droits de la personne, affirmant que Jeffrey avait fait l'objet de discrimination basée sur sa déficience et avait été privé d'un [TRADUCTION] « service [. . .] destiné au public », en contravention de l'art. 8 du *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210 (« Code »).

[3] Le Tribunal des droits de la personne a tenu 43 jours d'audience au cours desquels on lui a soumis en preuve des données concernant le financement et l'administration des services d'éducation spécialisée dans la province et le district, les contraintes budgétaires de ce dernier à l'époque pertinente, la dyslexie en général et la situation de Jeffrey en particulier.

[4] Le Tribunal a conclu que l'omission du système scolaire public de fournir à Jeffrey l'appui dont il avait besoin pour avoir accès concrètement aux possibilités d'éducation offertes par le Conseil scolaire constituait de la discrimination au sens du *Code*. Je partage cette opinion.

[5] Aux termes du préambule de la loi intitulée *School Act*<sup>1</sup>, la loi qui était en vigueur lorsque Jeffrey fréquentait l'école, [TRADUCTION] « l'objectif du système scolaire de la Colombie-Britannique est de permettre à tous les apprenants de développer leur potentiel et d'acquérir les connaissances, les habiletés et les attitudes nécessaires pour contribuer à l'établissement d'une société saine, démocratique et pluraliste et d'une économie durable et florissante ». En énonçant ainsi l'objet de la loi, le

1 S.B.C. 1989, ch. 61, modifiée en 1993 (*School Amendment Act*, S.B.C. 1993, ch. 6).

because a healthy democracy and economy require their educated contribution. Adequate special education, therefore, is not a dispensable luxury. For those with severe learning disabilities, it is the ramp that provides access to the statutory commitment to education made to *all* children in British Columbia.

### Background

[6] At the relevant time, public school funding in British Columbia was approved annually by the Province but administered by districts under the *School Act*. As of the 1990/91 school year, the Province instituted a block funding system, whereby an overall amount of money was made available for education and then allocated among the various districts by the Minister. The block amount, as determined in the base year, was adjusted annually to allow for changes in enrolment, mandated services, and economic indicators such as changes in the cost of resources. For a short period, the Province provided equalization grants to ease the transition for districts which had historically earned significant supplementary funds through local taxation.

[7] For the purposes of funding special education, the Province classified students into various groups, including what it referred to as “high incidence/low cost” and “low incidence/high cost” programs. Severe learning disabilities like dyslexia were always treated as a high incidence/low cost disability. From 1987/88, the Province capped the specific funding that was available for high incidence/low cost students to a percentage of a district’s student population in order to control the increasing number of students qualifying for this supplementary funding. Notably, as of 1991, the *School Act* set out minimum spending levels for high incidence/low cost and low incidence/high

gouvernement reconnaît que la raison pour laquelle tous les enfants ont droit à l’éducation est qu’une démocratie et une économie saines requièrent leur contribution en tant que citoyens instruits. Des services d’éducation spécialisés adéquats ne sont donc pas un luxe dont la société peut se passer. Dans le cas des personnes atteintes de troubles d’apprentissage sévères, de tels services servent de rampe permettant de concrétiser l’engagement pris dans la loi envers *tous* les enfants en Colombie-Britannique, à savoir l’accès à l’éducation.

### Contexte

[6] Durant la période pertinente, les fonds alloués aux établissements scolaires publics en Colombie-Britannique étaient votés annuellement par la province, mais administrés par les districts en vertu de la *School Act*. À partir de l’année scolaire 1990-1991, la province a instauré un système de financement global, suivant lequel une somme globale était affectée à l’éducation puis répartie par le ministre entre les différents districts. La somme globale fixée durant l’année de référence était ajustée annuellement en fonction des inscriptions, des services obligatoires et de certains indicateurs économiques telle la fluctuation du coût des ressources. Pendant une courte période, afin de faciliter la transition à ce nouveau système la province a versé des subventions de péréquation aux districts qui avaient disposé jusque-là d’importantes recettes additionnelles par l’imposition de taxes locales.

[7] Pour les besoins du financement de l’éducation spécialisée, la province classait les élèves en diverses catégories, y compris certaines qu’elle désignait au moyen des expressions [TRADUCTION] « incidence élevée/faibles coûts » et « faible incidence/coûts élevés ». Les troubles d’apprentissage sévères comme la dyslexie ont toujours été considérés comme relevant de la catégorie « incidence élevée/faibles coûts ». À partir de l’année 1987-1988, la province a établi, à l’égard des fonds spécifiquement affectés aux élèves appartenant à la catégorie « incidence élevée/faibles coûts », un plafond correspondant à un pourcentage donné de la population étudiante d’un district, et ce, afin de limiter le nombre

cost students. That meant that once a child was identified as having a severe learning disability, additional support was mandatory. As a result, districts were required to draw on the general provincial allocation to fund any high incidence/low cost students above the high incidence/low cost cap.

[8] When Jeffrey entered kindergarten in 1991, students with special needs in the District were supported in several ways: they received assistance in and out of the classroom from special education Aides; they were referred to the school-based Learning Assistance Centre where they would work with learning assistance teachers or tutors; and a small number of them were placed in the Diagnostic Centre for more intensive assistance.

[9] Following the implementation of the block funding model, there were significant financial pressures on Jeffrey's home district, School District No. 44. From 1991/92 to 1994/95, the District consistently faced budgetary shortfalls. It had relied on supplementary funds in the past and received declining equalization grants until 1992/93. Despite requests, it did not get additional funding from the Province but got permission to run temporary deficits. Consistent deficits during this period led to wide-scale budget cuts in the District between 1991/92 and 1994/95, including a reduction of almost \$1.5 million in spending for high incidence/low cost students with learning disabilities.

croissant d'élèves admissibles à ce financement supplémentaire. Il convient de souligner que, en 1991, la *School Act* a fixé des niveaux de dépenses minimums pour les élèves appartenant aux catégories « incidence élevée/faibles coûts » et « faible incidence/coûts élevés ». Cela signifiait que, lorsqu'un enfant était reconnu comme étant atteint de trouble d'apprentissage sévère, la prestation de services de soutien additionnel était obligatoire. Par conséquent, chaque district devait prélever sur la somme globale qui lui était consentie par la province les fonds additionnels nécessaires en faveur des élèves de la catégorie « incidence élevée/faibles coûts » en sus du plafond déjà établi pour ces derniers.

[8] Lorsque Jeffrey est entré à la maternelle en 1991, les élèves du district ayant des besoins spéciaux étaient appuyés de plusieurs manières : ils recevaient l'assistance d'aide-enseignants en matière d'éducation spécialisée en salle de classe et à l'extérieur de celle-ci; leur cas était soumis au *Learning Assistance Centre* (« Centre d'aide à l'apprentissage ») situé dans l'école même et où ils pouvaient travailler en compagnie d'orthopédagogues ou de tuteurs; un petit nombre d'entre eux étaient admis au Centre de diagnostic pour y recevoir une aide plus intensive.

[9] À la suite de la mise en œuvre du régime de financement global, le district dont relevait Jeffrey, soit le district scolaire n° 44, a été aux prises avec d'importantes difficultés financières. De 1991-1992 à 1994-1995, le district a connu de façon ininterrompue des déficits budgétaires. Il avait pu compter par le passé sur des fonds additionnels et avait reçu des subventions de péréquation décroissantes jusqu'en 1992-1993. En dépit de ses demandes en ce sens, le district n'a reçu aucun financement supplémentaire de la province, mais il lui a été permis d'enregistrer des déficits temporaires. La persistance des déficits durant cette période a mené à l'imposition de compressions budgétaires généralisées de 1991-1992 à 1994-1995, y compris une réduction de près de 1,5 million de dollars au titre des dépenses consacrées aux élèves ayant des troubles d'apprentissage et appartenant à la catégorie « incidence élevée/faibles coûts ».

[10] In the 1994/95 budgetary process, possible solutions to the financial difficulties included restricting the availability of Aides or closing the District Diagnostic Centre, a program which provided intensive services and individualized assistance to students with severe learning disabilities. The District limited its cuts to Aide allocation because of the terms of its Collective Agreement with the teachers' association, which required a minimum of two hours a week of Aide time once a student was designated as being in a high incidence/low cost category. Other proposed cuts were implemented, including the closing of the Diagnostic Centre in 1994. In February 1996, the Province fired the Board of the District and replaced it with an Official Trustee.

[11] Jeffrey Moore started kindergarten in September 1991 at Braemar Elementary School, his North Vancouver neighbourhood school in the District. While he was happy and energetic in nursery school, it quickly became apparent in kindergarten that Jeffrey needed extra support to learn to read. After scoring low on a screening test, Jeffrey was referred to the Elementary Learning Resource Team, a group of specialists who provided support and assistance to students in the District who had severe learning disabilities, including dyslexia.

[12] After his first assessment in kindergarten, Jeffrey was observed in the classroom and given 15 minutes of individual help from an Aide three times a week. He was assessed twice by the Elementary Learning Resource Team in Grade 1 because he continued to fall behind in literacy skills. He started attending the Learning Assistance Centre three times a week, for half-hour individual sessions with Barbara Waigh, a learning assistance teacher. He also had two 40-minute sessions in the

[10] Lors de la préparation du budget pour l'année 1994-1995, la réduction de la disponibilité des aides-enseignants et la fermeture du Centre de diagnostic du district — un programme offrant des services intensifs et une assistance individualisée aux élèves éprouvant des troubles d'apprentissage sévères — faisaient partie des solutions envisagées pour remédier aux difficultés financières. Le district a limité ses compressions visant les services d'aides-enseignants en raison des modalités de la convention collective intervenue avec le syndicat des enseignants, lesquelles exigeaient l'intervention d'un aide-enseignant pendant au moins deux heures par semaine lorsqu'un élève était désigné comme appartenant à la catégorie « incidence élevée/faibles coûts ». D'autres compressions proposées ont été mises en application, dont la fermeture du Centre de diagnostic en 1994. En février 1996, la province a congédié les membres de la Commission scolaire du district et a remplacé la commission par un commissaire officiel.

[11] Jeffrey Moore a commencé à fréquenter la maternelle en septembre 1991 à l'école primaire Braemar, son école de quartier à North Vancouver, dans le district en question. Jeffrey était un enfant heureux et plein d'énergie à la prématernelle, mais il est vite devenu évident à la maternelle qu'il avait besoin de soutien additionnel pour apprendre à lire. Après avoir obtenu de faibles résultats lors d'un test d'évaluation, Jeffrey a été confié à une équipe appelée *Elementary Learning Resource Team* (« Équipe de ressources en apprentissage au niveau élémentaire »), qui était formée de spécialistes chargés d'offrir aide et appui aux élèves du district ayant des troubles d'apprentissage sévères, dont la dyslexie.

[12] Après sa première évaluation en maternelle, Jeffrey a été observé en salle de classe et un aide-enseignant lui a fourni de l'assistance individuelle pendant 15 minutes trois fois par semaine. Il a ensuite été évalué à deux reprises en première année par l'Équipe de ressources en apprentissage au niveau élémentaire, parce qu'il continuait à prendre du retard dans le développement de ses habiletés en lecture et en écriture. Il a commencé à fréquenter le Centre d'aide à l'apprentissage trois fois

Learning Assistance Centre with a volunteer tutor. Because he still made poor progress, Jeffrey's parents, at the school's recommendation, hired a private tutor to work with Jeffrey.

[13] In January 1994, while Jeffrey was in Grade 2, his parents, concerned about his worsening headaches, took him to a neurologist. They were told that Jeffrey was under significant stress which could be improved by addressing his learning difficulties. The next month, Jeffrey was again referred to the Elementary Learning Resource Team, with his teachers reporting slow academic progress and immature behaviour. He received a full psycho-educational assessment on April 1, 1994, a prerequisite to his designation as a Severe Learning Disabilities student. Following the assessment, Mary Tennant, a psychologist employed by the District, concluded that Jeffrey needed more intensive remediation than he had been receiving and suggested that he attend the Diagnostic Centre.

[14] Ms. Tennant, Ms. Waigh, and Bryn Roberts, Braemar's principal, met with the Moores soon after this assessment. Ms. Tennant and Ms. Waigh told the Moores that because the Diagnostic Centre was being closed, Jeffrey could not obtain the intensive remediation he needed in the District's public schools. The necessary instruction was available only at Kenneth Gordon School, a private school specializing in teaching children who had learning disabilities.

[15] Jeffrey could not enrol in Kenneth Gordon School until Grade 4. His pre-referral form to that school confirmed a serious lack of progress in reading and spelling as well as his poor self-esteem. Every week during Grade 3 at Braemar, he received two 30-minute sessions of individual

par semaine pour des séances individuelles d'une demi-heure avec Barbara Waigh, une orthopédagogue. Il a également profité de deux séances de 40 minutes avec un tuteur bénévole au Centre d'aide à l'apprentissage. Comme Jeffrey continuait de progresser lentement, ses parents ont suivi la recommandation de l'école et engagé un tuteur privé pour qu'il travaille avec lui.

[13] En janvier 1994, alors que Jeffrey était en deuxième année, ses parents sont devenus inquiets parce qu'il souffrait de maux de tête de plus en plus graves et ils l'ont amené chez un neurologue. Ce dernier leur a dit que Jeffrey vivait un stress important, qui pouvait être réduit en remédiant à ses troubles d'apprentissage. Le mois suivant, Jeffrey a de nouveau été confié à l'Équipe de ressources en apprentissage au niveau élémentaire et ses instituteurs ont signalé qu'il progressait lentement sur le plan scolaire et manifestait un comportement immature. Le 1<sup>er</sup> avril 1994, il a été soumis à une évaluation psychopédagogique complète, condition préalable à sa désignation comme élève ayant des troubles d'apprentissage sévères. À la suite de cette évaluation, Mary Tennant, une psychologue travaillant pour le district, a conclu que Jeffrey avait besoin de mesures de remédiation plus intensives que celles dont il avait bénéficié jusque-là et elle a suggéré qu'il fréquente le Centre de diagnostic.

[14] Peu après cette évaluation, M<sup>mes</sup> Tennant et Waigh, ainsi que Bryn Roberts, le directeur de l'école Braemar, ont rencontré les Moore. M<sup>mes</sup> Tennant et Waigh leur ont dit que, en raison de la fermeture du Centre de diagnostic, Jeffrey ne pouvait pas recevoir les mesures de remédiation intensives dont il avait besoin dans les écoles publiques du district. Ces mesures n'étaient offertes qu'à l'école Kenneth Gordon, une école privée spécialisée dans l'enseignement aux enfants éprouvant des troubles d'apprentissage.

[15] Jeffrey ne pouvait être inscrit à l'école Kenneth Gordon qu'une fois rendu en quatrième année du primaire. Dans son formulaire d'information préalable à l'inscription à cette école, on confirmait l'existence d'un sérieux manque de progrès en lecture et en épellation, et d'une faible

assistance in the Learning Assistance Centre, two 40-minute periods of individual assistance with a tutor in the Learning Assistance Centre, and four 40-minute sessions with an Aide, primarily in the classroom.

[16] Jeffrey attended Kenneth Gordon School from Grade 4 to Grade 7. When he left, he was reading at a Grade 5 level and was at Grade 7 level in math. He began Grade 8 in September 1999 at Fraser Academy, another private school specializing in children with learning disabilities. He remained there until the time of the hearing and eventually completed high school there.

#### Prior Proceedings

[17] The Tribunal chair, Heather MacNaughton, found that there was general agreement among the experts about the significant, negative long-term consequences for students with unremediated learning disabilities. The experts also agreed that children with reading disabilities should be identified early and provided with intensive supports.

[18] Based on this evidence, the Tribunal concluded that a range of services was necessary for these students, from a modified program within the classroom to full-time placement in a special program for Severe Learning Disabilities students.

[19] The Tribunal accepted the evidence of experts and of District employees like Ms. Tennant that Jeffrey could not get sufficient services within the District after the closure of the Diagnostic Centre in 1994. Only one expert, who was called by the District, said that Jeffrey had received the

estime de soi. Chaque semaine durant sa troisième année à l'école Braemar, il profitait de deux séances d'assistance individuelle de 30 minutes au Centre d'aide à l'apprentissage, de deux séances d'assistance individuelle de 40 minutes avec un tuteur à ce même centre et de quatre séances de 40 minutes avec un aide-enseignant, principalement en salle de classe.

[16] Jeffrey a fréquenté l'école Kenneth Gordon de la quatrième à la septième année du primaire. Lorsqu'il l'a quittée, en lecture ses habiletés étaient celles d'un élève de cinquième année et en mathématiques celles d'un élève de septième année. Il a commencé sa huitième année en septembre 1999 à l'académie Fraser, une autre école privée spécialisée dans l'enseignement aux enfants ayant des troubles d'apprentissage. Il a fréquenté cet établissement jusqu'à la date de l'audience, et c'est là qu'il a finalement terminé ses études secondaires.

#### Les procédures antérieures

[17] La présidente du Tribunal, Heather MacNaughton, a conclu que les experts s'accordaient généralement pour dire que, en l'absence de remédiation, des troubles d'apprentissage entraînent des conséquences néfastes importantes à long terme pour les élèves concernés. Les experts s'entendaient également sur la nécessité de dépister rapidement les enfants ayant des difficultés en matière de lecture et de leur offrir des mesures d'assistance intensives.

[18] Sur la foi de cette preuve, le Tribunal a jugé qu'il était nécessaire d'offrir à ces élèves une gamme de services allant du programme d'études modifié en salle de classe au placement à temps plein dans un programme spécial conçu pour les élèves éprouvant des troubles d'apprentissage sévères.

[19] Le Tribunal a accepté le témoignage d'experts ainsi que d'employés du district telle M<sup>me</sup> Tennant selon lequel Jeffrey ne pouvait pas obtenir des services suffisants dans le district à la suite de la fermeture du Centre de diagnostic en 1994. Un seul expert, qui avait été cité par le district, a

services he needed at his public school and that the interventions had been of appropriate intensity.

[20] The Tribunal concluded that there was both individual discrimination against Jeffrey and systemic discrimination against Severe Learning Disabilities students in general. It grounded its finding of discrimination against Jeffrey in the District's failure to assess Jeffrey's learning disability early, and to provide appropriately intensive instruction following the closing of the Diagnostic Centre. It ordered that the Moores be reimbursed for the costs related to Jeffrey's attendance at private schools, as well as \$10,000 in damages for pain and suffering.

[21] The finding of systemic discrimination against the District was based on the underfunding of Severe Learning Disabilities programs and the closing of the Diagnostic Centre. While accepting that the District's financial circumstances were compelling, the Tribunal found that there was no evidence that the District had considered any reasonable alternatives for meeting the needs of Severe Learning Disabilities students before cutting available services such as the Diagnostic Centre.

[22] The Tribunal's finding of systemic discrimination against the Province was based on what it identified as four problems in the provincial administration of special education: the high incidence/low cost cap; the underfunding of the District; the failure to ensure that necessary services, including early intervention, were mandatory; and the failure to monitor the activities of the districts. It ordered a wide range of sweeping systemic remedies against both the District and the Province.

affirmé que Jeffrey avait reçu les services dont il avait besoin à l'école publique qu'il fréquentait et que le degré d'intensité des interventions avait été adéquat.

[20] Le Tribunal a conclu à l'existence de discrimination « individuelle » à l'encontre de Jeffrey et de discrimination « systémique » à l'encontre des élèves ayant des troubles d'apprentissage sévères en général. Il a fondé sa conclusion de discrimination à l'endroit de Jeffrey sur le fait que le district n'avait pas dépisté assez tôt les troubles d'apprentissage de ce dernier, et qu'il n'avait pas fourni de mesures d'enseignement suffisamment intensives après la fermeture du Centre de diagnostic. Le Tribunal a ordonné qu'on rembourse aux Moore les frais relatifs à la fréquentation par Jeffrey des écoles privées, et qu'on verse des dommages-intérêts de 10 000 \$ pour préjudice moral.

[21] La conclusion de discrimination systémique tirée à l'encontre du district reposait sur le sous-financement des programmes destinés aux élèves ayant des troubles d'apprentissage sévères et sur la fermeture du Centre de diagnostic. Bien qu'il ait reconnu que la situation financière du district avait obligé ce dernier à agir, le Tribunal a jugé qu'aucune preuve ne démontrait que le district avait envisagé des solutions de rechange raisonnables pour répondre aux besoins des élèves ayant des troubles d'apprentissage sévères avant de supprimer des services existants comme le Centre de diagnostic.

[22] La conclusion de discrimination systémique prononcée par le Tribunal contre la province était fondée sur quatre problèmes qui, selon lui, affectent l'administration de l'éducation spécialisée par la province : le plafonnement des dépenses liées à la catégorie « incidence élevée/faibles coûts »; le sous-financement du district; le défaut de faire en sorte que les services nécessaires, notamment les interventions précoces, soient considérés obligatoires; le défaut de surveiller les activités des districts. Le Tribunal a prononcé à l'encontre du district et de la province un large éventail de mesures de réparation d'ordre systémique de portée considérable.

[23] In the Supreme Court of British Columbia, Dillon J. allowed the application for judicial review ([2008] 10 W.W.R. 518). She found that Jeffrey's situation should be compared to other special needs students, not to the general student population as the Tribunal had done. There was no evidence about this comparison, nor was there evidence about how students with special needs were affected by funding mechanisms such as the high incidence/low cost cap or the closing of the Diagnostic Centre. The failure to identify and compare Jeffrey with the appropriate comparator group tainted the entire discrimination analysis. As a result, she set aside the Tribunal's decision.

[24] A majority in the Court of Appeal dismissed the appeal, agreeing that Jeffrey ought to be compared to other special needs students ([2011] 3 W.W.R. 383). To compare him with the general student population was to invite an inquiry into general education policy and its application, which it concluded could not be the purpose of a human rights complaint.

[25] In dissent, Rowles J.A. would have allowed the appeal. In her view, special education was the means by which "meaningful access" to educational services was achievable by students with learning disabilities. She found that a comparator analysis was both unnecessary and inappropriate. The Tribunal's detailed evidentiary analysis showing that Jeffrey had not received sufficiently intensive remediation after the closing of the Diagnostic Centre, justified the findings of discrimination.

#### Analysis

[26] Section 8 of British Columbia's *Human Rights Code* states that it is discriminatory if "[a] person . . . without a bona fide and reasonable

[23] En Cour suprême de la Colombie-Britannique, la juge Dillon a accueilli la demande de contrôle judiciaire ([2008] 10 W.W.R. 518). Elle a conclu que la situation de Jeffrey devait être comparée à celle des autres élèves ayant des besoins spéciaux, et non, comme l'avait fait le Tribunal, à la situation de la population étudiante en général. Aucune preuve n'avait été soumise à l'égard d'une telle comparaison ou de l'effet sur les élèves ayant des besoins spéciaux des mécanismes de financement comme le plafonnement des dépenses liées à la catégorie « incidence élevée/faibles coûts » ou de la fermeture du Centre de diagnostic. Le fait de ne pas avoir associé Jeffrey au groupe de comparaison approprié et de ne pas l'avoir comparé à ce groupe a vicié toute l'analyse relative à la discrimination. En conséquence, la juge Dillon a écarté la décision du Tribunal.

[24] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel, souscrivant à l'opinion selon laquelle Jeffrey aurait dû être comparé aux autres élèves ayant des besoins spéciaux ([2011] 3 W.W.R. 383). Le fait de comparer la situation de Jeffrey à celle de la population étudiante en général incitait à examiner les politiques générales en matière d'éducation et leur application, questions qui, de conclure les juges majoritaires, ne pouvaient faire l'objet d'une plainte en matière de droits de la personne.

[25] La juge Rowles, dissidente, aurait pour sa part accueilli l'appel. À son avis, l'éducation spécialisée constituait le moyen permettant aux élèves ayant des troubles d'apprentissage [TRADUCTION] « d'accéder concrètement » aux services éducatifs. Elle a conclu qu'une analyse comparative n'était à la fois ni nécessaire ni appropriée. L'analyse détaillée de la preuve à laquelle s'était livré le Tribunal et qui démontrait que Jeffrey n'avait pas bénéficié de mesures de remédiation suffisamment intensives après la fermeture du Centre de diagnostic justifiait les conclusions de discrimination.

#### Analyse

[26] Aux termes de l'art. 8 du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif



justification, . . . den[ies] to a person or class of persons any accommodation, service or facility customarily available to the public” on the basis of a prohibited ground. That means that if a service is ordinarily provided to the public, it must be available in a way that does not arbitrarily — or unjustifiably — exclude individuals by virtue of their membership in a protected group.

[27] A central issue throughout these proceedings was what the relevant “service . . . customarily available to the public” was. While the Tribunal and the dissenting judge in the Court of Appeal defined it as “general” education, the reviewing judge and the majority defined it as “special” education.

[28] I agree with Rowles J.A. that for students with learning disabilities like Jeffrey’s, special education is not the service, it is the *means* by which those students get meaningful access to the general education services available to all of British Columbia’s students:

It is accepted that students with disabilities require accommodation of their differences in order to benefit from educational services. Jeffrey is seeking accommodation, in the form of special education through intensive remediation, to enable him equal access to the “mainstream” benefit of education available to all. . . . *In Jeffrey’s case, the specific accommodation sought is analogous to the interpreters in Eldridge: it is not an extra “ancillary” service, but rather the manner by which meaningful access to the provided benefit can be achieved.* Without such special education, the disabled simply cannot receive equal benefit from the underlying service of public education. [Emphasis added; para. 103.]

[29] The answer, to me, is that the ‘service’ is education generally. Defining the service only as ‘special education’ would relieve the Province and

de distinction illicite, le fait pour [TRADUCTION] « quiconque [. . .] sans justification réelle et raisonnable [. . .] de priver une personne ou une catégorie de personnes d’un service, d’installations ou de moyens d’hébergement destinés au public ». Cela signifie que si un service est ordinairement fourni au public, il doit l’être sans exclure de façon arbitraire — ou injustifiable — des personnes en raison de leur appartenance à un groupe protégé.

[27] Une question centrale qui s’est posée tout au long des diverses procédures a été la détermination de la nature du [TRADUCTION] « service [. . .] destiné au public » pertinent en l’espèce. Alors que le Tribunal et la juge dissidente de la Cour d’appel ont considéré qu’il s’agissait de l’éducation « générale », la juge siégeant en révision et les juges majoritaires de la Cour d’appel ont estimé que c’était l’éducation « spécialisée ».

[28] Je partage l’avis de la juge Rowles que, dans le cas des élèves éprouvant des troubles d’apprentissage comme ceux dont est atteint Jeffrey, l’éducation spécialisée ne constitue pas le service, mais plutôt le *moyen* par lequel ces élèves peuvent accéder concrètement aux services d’éducation générale destinés à tous les élèves de la Colombie-Britannique :

[TRADUCTION] Il est admis que des mesures d’adaptation doivent être prises pour tenir compte de la situation différente des élèves éprouvant certaines difficultés, afin que ceux-ci puissent profiter des services éducatifs. Jeffrey sollicite une telle intervention, sous forme de mesures de remédiation intensives dans le cadre de l’éducation spécialisée, afin de pouvoir profiter d’un accès égal au bénéfice « général » des services d’éducation destinés à tous. [. . .] *Dans le cas de Jeffrey, la mesure d’adaptation précise demandée est analogue aux services d’interprétation en cause dans Eldridge : il ne s’agit pas d’un service « accessoire » additionnel, mais plutôt du moyen de donner concrètement accès à l’avantage offert.* Sans de telles mesures d’éducation spécialisée, l’élève ayant des difficultés ne peut jouir d’une manière égale aux autres du service visé, à savoir l’éducation publique. [Italique ajouté; par. 103.]

[29] Pour moi, la réponse à la question susmentionnée est que le « service » en cause est l’éducation en général. Considérer que le service pertinent

District of their duty to ensure that no student is excluded from the benefit of the education system by virtue of their disability.

[30] To define ‘special education’ as the service at issue also risks descending into the kind of “separate but equal” approach which was majestically discarded in *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Comparing Jeffrey only with other special needs students would mean that the District could cut *all* special needs programs and yet be immune from a claim of discrimination. It is not a question of who else is or is not experiencing similar barriers. This formalism was one of the potential dangers of comparator groups identified in *Withler v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 396.

[31] If Jeffrey is compared only to other special needs students, full consideration cannot be given to whether he had *genuine* access to the education that all students in British Columbia are entitled to. This, as Rowles J.A. noted, “risks perpetuating the very disadvantage and exclusion from mainstream society the *Code* is intended to remedy” (see *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, at p. 1237; Gwen Brodsky, Shelagh Day and Yvonne Peters, *Accommodation in the 21<sup>st</sup> Century* (2012) (online), at p. 41).

[32] A majority of students do not require intensive remediation in order to learn to read. Jeffrey does. He was unable to get it in the public school. Was that an unjustified denial of meaningful access to the general education to which students in British Columbia are entitled and, as a result, discrimination?

s’entend uniquement de l’« éducation spécialisée » aurait pour effet de décharger la province et le district de leur obligation de veiller à ce qu’aucun élève ne soit privé des avantages du système d’éducation en raison de ses difficultés.

[30] Considérer l’« éducation spécialisée » comme le service en cause risque également d’aboutir à des justifications du genre « séparé mais équivalent », principe qui a été rejeté majestueusement dans l’arrêt *Brown c. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Si Jeffrey était comparé uniquement à d’autres élèves ayant des besoins spéciaux, cela signifierait que le district pourrait supprimer *tous* les programmes destinés à ces élèves mais rester néanmoins à l’abri d’une plainte de discrimination. Il ne s’agit pas de déterminer qui d’autre se heurte ou non à des obstacles similaires. Ce genre de formalisme est l’un des risques du recours aux groupes de comparaison qui ont été évoqués dans *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396.

[31] Si Jeffrey est comparé uniquement à d’autres élèves ayant des besoins spéciaux, il n’est pas possible d’examiner dans son ensemble la question de savoir s’il a profité de l’accès *véritable* à l’éducation auquel ont droit tous les élèves de la Colombie-Britannique. Comme l’a souligné la juge Rowles de la Cour d’appel, cette approche [TRADUCTION] « risque de perpétuer exactement le désavantage ainsi que l’exclusion de la société ordinaire que le *Code* est censé corriger » (voir *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, p. 1237; Gwen Brodsky, Shelagh Day et Yvonne Peters, *Les accommodements du XXI<sup>e</sup> siècle* (2012) (en ligne), p. 45).

[32] La majorité des élèves n’ont pas besoin de mesures de remédiation intensives pour apprendre à lire. Jeffrey Moore, lui, en a besoin. Il n’a pas été à même d’obtenir de telles mesures au sein de l’école publique. Est-ce que cela constitue un refus injustifié de fournir un accès concret à l’éducation générale à laquelle ont droit les élèves en Colombie-Britannique et, partant, de la discrimination?

[33] As the Tribunal properly recognized, to demonstrate *prima facie* discrimination, complainants are required to show that they have a characteristic protected from discrimination under the *Code*; that they experienced an adverse impact with respect to the service; and that the protected characteristic was a factor in the adverse impact. Once a *prima facie* case has been established, the burden shifts to the respondent to justify the conduct or practice, within the framework of the exemptions available under human rights statutes. If it cannot be justified, discrimination will be found to occur.

[34] There is no dispute that Jeffrey's dyslexia is a disability. There is equally no question that any adverse impact he suffered is related to his membership in this group. The question then is whether Jeffrey has, without reasonable justification, been denied access to the general education available to the public in British Columbia based on his disability, access that must be "meaningful": *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 71; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at pp. 381-82. (See also *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, at para. 80; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, at paras. 121 and 162; A. Wayne MacKay, "Connecting Care and Challenge: Tapping Our Human Potential" (2008), 17 *E.L.J.* 37, at pp. 38 and 47.)

[35] The answer is informed by the mandate and objectives of public education in British Columbia during the relevant period. As with many public services, educational policies often contemplate that students will achieve certain results. But the fact that a particular student has not achieved a given result does not end the inquiry. In some cases, the government may well have done what was necessary to give the student access to the service, yet the hoped-for results did not follow. Moreover, policy documents tend to be aspirational in nature,

[33] Comme l'a à juste titre reconnu le Tribunal, pour établir à première vue l'existence de discrimination, les plaignants doivent démontrer qu'ils possèdent une caractéristique protégée par le *Code* contre la discrimination, qu'ils ont subi un effet préjudiciable relativement au service concerné et que la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable. Une fois la discrimination établie à première vue, l'intimé a alors le fardeau de justifier la conduite ou la pratique suivant le régime d'exemptions prévu par les lois sur les droits de la personne. Si la conduite ou pratique ne peut être justifiée, le tribunal conclura à l'existence de la discrimination.

[34] Personne ne conteste que la dyslexie dont Jeffrey est atteint constitue une déficience. Il ne fait également aucun doute que tout effet préjudiciable qu'il a pu subir est lié à son appartenance au groupe en cause. La question à trancher consiste donc à se demander si l'on a sans justification raisonnable privé Jeffrey, en raison de la déficience dont il est atteint, de l'accès aux services d'éducation générale destinés au public en Colombie-Britannique, accès qui doit être « concret » : *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 71; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, p. 381-382. (Voir aussi *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 80; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 121 et 162; A. Wayne MacKay, « Connecting Care and Challenge : Tapping Our Human Potential » (2008), 17 *E.L.J.* 37, p. 38 et 47.)

[35] La mission et les objectifs de l'éducation publique en Colombie-Britannique durant la période pertinente aident à répondre à cette question. Comme c'est le cas pour de nombreux services publics, les politiques en matière d'éducation envisagent souvent l'atteinte par les élèves de certains résultats. Cependant, l'analyse requise ne prend pas fin du seul fait qu'un élève particulier n'a pas atteint un résultat donné. Dans certains cas, il se peut fort bien que le gouvernement ait fait le nécessaire pour fournir aux élèves l'accès au service, mais que les

and may not reflect realistic objectives. A margin of deference is, as a result, owed to governments and administrators in implementing these broad, aspirational policies.

[36] But if the evidence demonstrates that the government failed to deliver the mandate and objectives of public education such that a given student was denied *meaningful* access to the service based on a protected ground, this will justify a finding of *prima facie* discrimination.

[37] As previously noted, the mandate and objectives for public education during the relevant period were set out in the *School Act*, which stated in its preamble that “the purpose of the British Columbia school system is to enable all learners to develop their individual potential and to acquire the knowledge, skills and attitudes needed to contribute to a healthy, democratic and pluralistic society and a prosperous and sustainable economy”. A related policy document, the 1989 *Mandate for the School System*, O.I.C. 1280/89, said that the government was “responsible for ensuring that all of our youth have the opportunity to obtain high quality schooling that will assist in the development of an educated society” (p. D-96). The *Mandate* said that schools should develop students who are, among other things, “thoughtful, able to learn and to think critically . . . can communicate information from a broad knowledge base . . . [are] creative, flexible, self-motivated . . . have a positive self image . . . [are] capable of making independent decisions . . . [are] skilled and . . . can contribute to society generally, including the world of work” (p. D-96).

[38] There were divergent views when Jeffrey was in school about how “special needs” students

résultats escomptés n’aient malgré tout pas suivi. En outre, des documents d’orientation tendent à exprimer des aspirations et ne reflètent pas toujours des objectifs réalistes. En conséquence, il convient de faire preuve d’une certaine déférence envers les gouvernements et les administrateurs dans la mise en œuvre de telles politiques générales exprimant des aspirations.

[36] Toutefois, si la preuve démontre que le gouvernement n’a pas su réaliser la mission et les objectifs de l’éducation publique et que, pour cette raison, un élève donné a été privé de l’accès *concret* à ce service pour un motif protégé, le tribunal est alors justifié de conclure qu’il y a discrimination à première vue.

[37] Comme il a été indiqué précédemment, la mission et les objectifs de l’éducation publique pendant la période pertinente étaient énoncés ainsi dans le préambule de la *School Act* : [TRADUCTION] « l’objectif du système scolaire de la Colombie-Britannique est de permettre à tous les apprenants de développer leur potentiel et d’acquérir les connaissances, les habiletés et les attitudes nécessaires pour contribuer à l’établissement d’une société saine, démocratique et pluraliste et d’une économie durable et florissante ». Un document d’orientation connexe, daté de 1989 et intitulé *Mandate for the School System*, décret 1280/89, indiquait que le gouvernement avait [TRADUCTION] « la responsabilité de s’assurer que tous les jeunes aient l’occasion d’obtenir un enseignement de grande qualité qui contribuera au développement d’une société scolarisée » (p. D-96). Le document d’orientation précisait que les écoles devraient former des élèves qui sont, entre autres, « réfléchis, capables d’apprendre et de penser de façon critique [. . .] peuvent communiquer des informations en puisant dans une vaste base de connaissances [. . .] [sont] créatifs, souples, motivés [. . .] dotés d’une image de soi positive [. . .] [sont] capables de prendre des décisions par eux-mêmes [. . .] [sont] qualifiés et [. . .] peuvent apporter une contribution à la société en général, notamment au monde du travail » (p. D-96).

[38] Lorsque Jeffrey fréquentait l’école, les opinions divergeaient sur la meilleure façon d’instruire

could best be educated. The Province's "*Special Programs: A Manual of Policies, Procedures and Guidelines*" ("1985 Manual") contemplated a "cascade" model of service delivery, where a "range" of placements would be available, including a "very highly specialized" education environment for a small number of students (ss. 4.1 and 4.2). The predominant policy in the 1985 Manual, however, was the integration of special needs students into the general classroom whenever possible.

[39] Notably, however, the 1985 Manual said that "[s]pecial education *shares the basic purpose of all education: the optimal development of individuals as skillful, free, and purposeful persons, able to plan and manage life and to realize highest potential as individuals and as members of society*" (s. 3.1 (emphasis added)). It added that "[a]ll children should be afforded opportunities to develop their full potential" (s. 3.1 (emphasis in original)).

[40] These education goals in British Columbia informed the Tribunal's conclusion that the District did not take the necessary steps to give Jeffrey the education to which he was entitled. *Prima facie* discrimination was made out based, in essence, on two factors: the failure by the District to assess Jeffrey at an earlier stage; and the insufficiently intensive remediation provided by the District for Jeffrey's learning disability in order for him to get access to the education he was entitled to. Only the second is in issue before us, since the conclusions about early assessment which were quashed by the reviewing court, were not appealed to this Court. That leaves only the issue of the sufficiency of the services given to Jeffrey by the District.

[41] There is no doubt that Jeffrey received some special education assistance until Grade 3, but in my view the Tribunal's conclusion that the remediation

les élèves « ayant des besoins spéciaux ». Dans un document intitulé « *Special Programs : A Manual of Policies, Procedures and Guidelines* » (« Manuel de 1985 »), la province envisageait un mode de prestation de services en « cascade », où une « gamme » de types de placements seraient ouverts, y compris dans un milieu éducatif « hautement spécialisé » destiné à un nombre restreint d'élèves (sections 4.1 et 4.2). Cependant, la politique privilégiée dans le Manuel de 1985 était l'intégration en salle de classe régulière des élèves ayant des besoins spéciaux, chaque fois que cette solution était possible.

[39] Il convient toutefois de souligner que, aux termes du manuel de 1985, [TRADUCTION] « [l']éducation spécialisée  *vise le même objectif de base que toutes les autres formes d'éducation : le développement optimal de personnes habiles, autonomes et réfléchies, capables de planifier et de gérer leur vie et de réaliser leur plein potentiel en tant qu'individus et que membres de la société* » (section 3.1 (italique ajouté)). On y précisait en outre que « *[t]ous les enfants devaient se voir offrir la possibilité de développer leur plein potentiel* » (section 3.1 (souligné dans l'original)).

[40] Ces objectifs en matière d'éducation en Colombie-Britannique ont influé sur la conclusion du Tribunal selon laquelle le district n'a pas pris les mesures nécessaires pour fournir à Jeffrey l'éducation à laquelle il avait droit. La discrimination à première vue a été établie sur la base, essentiellement, de deux facteurs : l'omission du district d'évaluer plus tôt Jeffrey et les mesures de remédiation insuffisamment intensives mises en œuvre par le district compte tenu du trouble d'apprentissage de Jeffrey afin de lui donner accès à l'éducation à laquelle il avait droit. Seul le deuxième point est en litige dans le présent pourvoi, car les conclusions relatives à l'évaluation précoce, qui ont été annulées par la cour de révision, n'ont pas été portées en appel devant notre Cour. Il ne subsiste donc que la question du caractère suffisant des services fournis à Jeffrey par le district.

[41] Bien qu'il ne fasse aucun doute que Jeffrey a reçu une forme d'aide pédagogique spécialisée jusqu'en troisième année, j'estime que la conclusion

was far from adequate to give Jeffrey the education to which he was entitled, was fully supported by the evidence. To start, the Tribunal found that the Moores were told by District employees that Jeffrey required intensive remediation which, as a result of the closing of the Diagnostic Centre, would only be available outside of the public school system. After Jeffrey's psycho-educational assessment in April 1994, Ms. Tennant concluded that he "needed more intensive remediation than he had been receiving", and recommended that he be considered for the Diagnostic Centre program. The Tribunal accepted the Moores' evidence that at a meeting with Ms. Tennant after this assessment, they were advised that since the Diagnostic Centre was not an option as a result of its pending closing, Kenneth Gordon School "was the only alternative that would provide the intense remediation that Jeffrey required".

[42] The Tribunal also put great reliance on the views of Ms. Tennant and Ms. Waigh, who had "worked most closely with" Jeffrey at Braemar, and whose "professional judgment" it accepted. It found that Ms. Tennant had "recognized that Jeffrey needed intensive remediation in an alternate setting", and recommended that he look at the Diagnostic Centre. This recommendation was made "in addition to the Aide time to which Jeffrey was entitled under the provisions of the Collective Agreement". The Tribunal found that "Ms. Waigh agreed that [Diagnostic Centre] would have been beneficial to Jeffrey", and noted that

Ms. Tennant described Jeffrey's case as one of the worst she had ever seen in her many years of experience. According to her, Jeffrey needed a high degree of intensive one-on-one instruction in a setting designed to minimize distractions. Her opinion was that Jeffrey

du Tribunal que les mesures de remédiation étaient loin d'être suffisantes pour fournir à Jeffrey l'éducation à laquelle il avait droit était entièrement étayée par la preuve. Tout d'abord, le Tribunal a jugé que des employés du district avaient prévenu les Moore que Jeffrey avait besoin de mesures de remédiation intensives qui, étant donné la fermeture du Centre de diagnostic, n'étaient offertes qu'à l'extérieur du réseau scolaire public. À la suite de l'évaluation psychopédagogique de Jeffrey réalisée en avril 1994, M<sup>me</sup> Tennant a conclu que celui-ci [TRADUCTION] « avait besoin de mesures de remédiation plus intensives que celles qu'il avait reçues jusque-là », et elle a recommandé qu'on envisage de l'inscrire au programme offert par le Centre de diagnostic. Le Tribunal a accepté le témoignage des Moore suivant lequel ils ont été informés, à l'occasion d'une réunion avec M<sup>me</sup> Tennant après cette évaluation, que comme le Centre de diagnostic n'était plus une solution possible en raison de sa fermeture imminente, l'école Kenneth Gordon [TRADUCTION] « représentait la seule solution susceptible d'offrir les mesures de remédiation intensives dont Jeffrey avait besoin ».

[42] Le Tribunal s'est également fondé dans une large mesure sur les points de vue exprimés par M<sup>mes</sup> Tennant et Waigh, qui avaient [TRADUCTION] « travaillé de très près avec » Jeffrey à l'école Braemar, et il a accepté leur « opinion professionnelle ». Selon le Tribunal, M<sup>me</sup> Tennant a « reconnu que Jeffrey avait besoin de mesures de remédiation intensives dispensées dans un cadre différent », et avait recommandé qu'il envisage la possibilité de fréquenter le Centre de diagnostic. Cette recommandation « s'ajoutait aux périodes auxquelles Jeffrey avait droit en compagnie d'un aide-enseignant en vertu des dispositions de la convention collective ». Le Tribunal a jugé que « M<sup>me</sup> Waigh a reconnu que les services du [Centre de diagnostic] auraient été bénéfiques à Jeffrey », et il a souligné ce qui suit :

[TRADUCTION] M<sup>me</sup> Tennant a décrit le cas de Jeffrey comme étant l'un des pires qu'elle ait jamais vu au cours de ses nombreuses années d'expérience. À son avis, Jeffrey avait besoin d'un enseignement individualisé très intensif, dans un cadre conçu pour réduire au

needed intensive remediation which, in the District, was only offered by the [Diagnostic Centre].

On the basis of this evidence, the Tribunal concluded that “[w]hile it is clear that the one-on-one attention he received was unusual, and that Ms. Waigh was a well-qualified specialist, the services were not intensive enough to meet his disability-related needs.”

[43] The Tribunal found that when the decision to close the Diagnostic Centre was made, the District did so without knowing how the needs of students like Jeffrey would be addressed, and without “undertak[ing] a needs-based analysis, consider[ing] what might replace [Diagnostic Centre], or assess[ing] the effect of the closure on [Severe Learning Disabilities] students”. The Tribunal noted that at the Board meeting on April 26, 1994, when the budget closing the Diagnostic Centre was approved, the Minutes stated that “[a]ll Trustees indicated in this discussion that they were adopting the bylaw as it was required by legislation and not because they believed it met the needs of the students.” It concluded that Dr. Robin Brayne, the District’s Superintendent of Schools, and the District in general “did not know how many students would be affected” by the closure. In fact, on the day of the Board vote, the District’s Assistant Superintendent and the Coordinator of Student Services informed Dr. Brayne that it was “too early to know precisely how the needs of high incidence students will be addressed in the absence of the Diagnostic Centre”.

[44] Nor did the District consult Ms. Waigh or Ms. Tennant, despite their role in providing services to Severe Learning Disabilities students and their opposition to the closure. It was only at the end of June 1994, more than two months after the decision to close the Diagnostic Centre, that Dr. Brayne requested the development of a policy document to set out the District’s plan for addressing the needs of Severe Learning Disabilities students

minimum les distractions. Elle était d’avis que Jeffrey avait besoin de mesures de remédiation intensives qui, dans le district, étaient uniquement offertes par le [Centre de diagnostic].

Sur la foi de ce témoignage le Tribunal a conclu que, [TRADUCTION] « [b]ien qu’il soit évident que l’attention individualisée qu’il avait reçue était inhabituelle, et que M<sup>me</sup> Waigh était une spécialiste très qualifiée, ces services n’ont pas été suffisamment intensifs pour répondre aux besoins liés à son trouble d’apprentissage. »

[43] Le Tribunal a jugé que, lorsque le district a décidé de fermer le Centre de diagnostic, il l’a fait sans savoir comment il serait satisfait aux besoins des élèves comme Jeffrey, et sans avoir [TRADUCTION] « réalis[é] d’analyse des besoins, considér[é] quelles mesures pourraient remplacer le [Centre de diagnostic] ou évalu[é] l’effet de cette fermeture sur les élèves [ayant des troubles d’apprentissage sévères] ». Le Tribunal a souligné que, selon le procès-verbal de la réunion de la Commission le 26 avril 1994, au cours de laquelle le budget prévoyant la fermeture du Centre de diagnostic a été adopté, « [t]ous les commissaires scolaires ont indiqué lors de cette discussion qu’ils adoptaient l’arrêté parce que la loi l’exigeait, et non parce qu’ils estimaient qu’il répondait aux besoins des élèves. » Le Tribunal a conclu que M. Robin Brayne, le surintendant des écoles du district, et le district en général « ne savaient pas combien d’élèves seraient touchés » par la fermeture. En fait, le jour où la Commission a voté, le surintendant adjoint et le coordinateur des services aux élèves du district ont informé M. Brayne qu’il était « trop tôt pour savoir avec précision comment on répondrait aux besoins des élèves de la catégorie incidence élevée en l’absence du Centre de diagnostic ».

[44] Le district n’a pas non plus consulté M<sup>mes</sup> Waigh ou Tennant, en dépit du rôle qu’elles jouaient dans la prestation de services aux élèves ayant des troubles d’apprentissage sévères et de leur opposition à la fermeture du Centre de diagnostic. Ce n’est qu’à la fin de juin 1994, soit plus de deux mois après la décision de fermer le Centre de diagnostic, que M. Brayne a demandé la préparation d’un document stratégique exposant le plan par lequel

in the absence of the Diagnostic Centre. The policy document was to be discussed in August, with training planned for the fall and winter of 1994/95. As a result, the Tribunal concluded that “nothing was in place in September when schools opened, other than what the schools already provided”.

[45] Moreover, the Tribunal rejected the District’s argument that the educational philosophy of integration was “a consideration” in the closure of the Diagnostic Centre, since “[i]t was clear from the evidence of all of the District’s witnesses that they thought the [Diagnostic Centre] provided a useful service.” It noted that Dr. Brayne admitted in cross-examination that the closure was not motivated by educational policy, and acknowledged that “without [the Diagnostic Centre], the range of options available to [Severe Learning Disabilities] students was reduced [and] according to the 1985 Manual, [the remaining resources] were not intended for [Severe Learning Disabilities] students”. As a result, based on “the evidence, the concurrent memoranda, and the speed at which the decision was made”, the Tribunal concluded that “the *sole* reason for the closure was financial” (emphasis added).

[46] The Tribunal was cognizant of the deference it owed to the District in delivering educational services, and the fact that Jeffrey’s needs could have been met by means other than the Diagnostic Centre. In brief, the Tribunal found that when the decision to close the Diagnostic Centre was made, the District’s motivations were exclusively financial, and it had failed to consider the consequences or plan for alternate accommodations.

[47] This failure was crucial in light of the expert evidence that intensive supports were needed

le district répondrait aux besoins des élèves ayant des troubles d’apprentissage sévères en l’absence du Centre de diagnostic. Le document en question devait être discuté en août, et des séances de formation devaient avoir lieu durant l’automne et l’hiver 1994-1995. En conséquence, le Tribunal a conclu que [TRADUCTION] « rien n’avait été mis en place en septembre, lorsque les écoles ont ouvert leurs portes, à part les mesures que celles-ci offraient déjà ».

[45] De plus, le Tribunal a rejeté l’argument du district suivant lequel la philosophie pédagogique prônant l’intégration avait été « un facteur » dans la décision de fermer le Centre de diagnostic, étant donné qu’[TRADUCTION] « [i]l ressortait clairement des dépositions de tous les témoins assignés par le district que le [Centre de diagnostic] fournissait selon eux des services utiles. » Le Tribunal a souligné que M. Brayne avait admis en contre-interrogatoire que la fermeture n’avait pas été motivée par des considérations liées à l’éducation, et qu’il avait reconnu que « sans [le Centre de diagnostic], l’éventail des mesures à la disposition des élèves [ayant des troubles d’apprentissage sévères] était réduit [et], selon le Manuel de 1985, [les ressources toujours disponibles] ne leur étaient pas destinées ». Par conséquent, compte tenu « des éléments de preuve, des notes de service en ce sens et de la rapidité avec laquelle la décision a été prise », le Tribunal a conclu que « *seules* des raisons financières avaient motivé la fermeture » (italique ajouté).

[46] Le Tribunal était conscient de la déférence dont il devait faire montre envers le district à l’égard de la prestation des services éducatifs, ainsi que du fait qu’il aurait été possible de répondre aux besoins de Jeffrey par d’autres moyens que le Centre de diagnostic. Bref, le Tribunal a jugé que, lorsque la décision de fermer le Centre de diagnostic a été prise, le district a agi pour des considérations exclusivement financières et qu’il n’avait ni tenu compte des conséquences en découlant, ni prévu des mesures de rechange pour assurer les services.

[47] Cette omission était cruciale à la lumière des témoignages d’experts indiquant que des mesures



generally to remedy Jeffrey's learning disability, and that he had not received the support he needed in the public school system. The Tribunal acknowledged that it was impossible to compare Jeffrey's current abilities to what he might have achieved if he had received earlier and more intensive services. But while the failure to obtain a given result did not in itself constitute adverse treatment, the Tribunal accepted the evidence of two experts who, after examining Jeffrey, found that he "would have benefited from more intensive remediation earlier and from attending at the [Diagnostic Centre]".

[48] It was therefore the combination of the clear recognition by the District, its employees and the experts that Jeffrey required intensive remediation in order to have meaningful access to education, the closing of the Diagnostic Centre, and the fact that the Moores were told that these services could not otherwise be provided by the District, that justified the Tribunal's conclusion that the failure of the District to meet Jeffrey's educational needs constituted *prima facie* discrimination. In my view, this conclusion is amply supported by the record.

[49] The next question is whether the District's conduct was justified. At this stage in the analysis, it must be shown that alternative approaches were investigated (*British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 ("*Meiorin*"), at para. 65). The *prima facie* discriminatory conduct must also be "reasonably necessary" in order to accomplish a broader goal (*Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at p. 208; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970, at p. 984). In other words, an employer or service provider must show "that it could not have done anything else reasonable or practical to avoid the negative impact on the individual" (*Meiorin*, at para. 38; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at pp. 518-19;

de soutien intensives étaient habituellement nécessaires pour remédier au trouble d'apprentissage de Jeffrey, et que ce dernier n'avait pas reçu le soutien dont il avait besoin au sein du système scolaire public. Le Tribunal a reconnu l'impossibilité de comparer les habiletés actuelles de Jeffrey à celles qu'il aurait peut-être acquises s'il avait reçu plus tôt des services plus intensifs. Mais bien que le défaut d'obtenir un résultat donné n'ait pas constitué en soi un traitement préjudiciable, le Tribunal a retenu le témoignage de deux experts qui, après avoir examiné Jeffrey, ont conclu que celui-ci [TRADUCTION] « aurait profité de mesures de remédiation plus intensives, dispensées plus tôt, ainsi que de la fréquentation du [Centre de diagnostic] ».

[48] C'est donc la combinaison de la reconnaissance sans équivoque par le district, par ses employés et par les experts du besoin de Jeffrey de profiter des mesures de remédiation intensives pour avoir accès concrètement à l'éducation, de la fermeture du Centre de diagnostic et du fait que les Moore avaient été avisés que le district n'était pas en mesure de fournir autrement ces services qui a justifié le Tribunal de conclure que l'omission du district de répondre aux besoins de Jeffrey en matière d'éducation constituait de la discrimination à première vue. À mon avis, cette conclusion est largement étayée par le dossier.

[49] Il s'agit maintenant de décider si la conduite du district était justifiée. À cette étape-ci de l'analyse, la partie à qui on reproche la conduite discriminatoire doit démontrer que des solutions de rechange ont été étudiées (*Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »), par. 65). Il lui faut également établir que la conduite discriminatoire à première vue était « raisonnablement nécessaire » pour atteindre un objectif plus large (*Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, p. 208; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, p. 984). En d'autres termes, l'employeur ou le fournisseur de services doit démontrer « qu'il n'aurait pu prendre aucune autre mesure raisonnable ou pratique pour éviter les conséquences fâcheuses

*Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, at para. 130).

[50] The District's justification centred on the budgetary crisis it faced during the relevant period, which led to the closure of the Diagnostic Centre and other related cuts. There is no doubt that the District was facing serious financial constraints. Nor is there any doubt that this is a relevant consideration. It is undoubtedly difficult for administrators to implement education policy in the face of severe fiscal limitations, but accommodation is not a question of "mere efficiency", since "[i]t will always seem demonstrably cheaper to maintain the status quo and not eliminate a discriminatory barrier" (*VIA Rail*, at para. 225).

[51] In Jeffrey's case, the Tribunal accepted that the District faced financial difficulties during the relevant period. Yet it also found that cuts were disproportionately made to special needs programs. Despite their similar cost, the District retained some discretionary programs, such as the Outdoor School — an outdoor campus where students learned about community and the environment — while eliminating the Diagnostic Centre. As Rowles J.A. noted, "without undermining the educational value of the Outdoor School, such specialized and discretionary initiatives cannot be compared with the accommodations necessary in order to make the core curriculum accessible to severely learning disabled students" (para. 154).

[52] More significantly, the Tribunal found, as previously noted, that the District undertook *no* assessment, financial or otherwise, of what

pour l'individu » (*Meiorin*, par. 38; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, p. 518-519; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, par. 130).

[50] La justification invoquée par le district repose sur la crise financière qu'il traversait durant la période pertinente et qui a mené à la fermeture du Centre de diagnostic et à d'autres compressions connexes. Il ne fait aucun doute que le district était aux prises avec d'importantes contraintes financières. Il ne fait également aucun doute que cette situation est une considération pertinente. Il est indéniablement difficile pour des administrateurs de mettre en œuvre une politique en matière d'éducation en présence de sévères restrictions budgétaires, mais la décision de prendre ou non des mesures d'adaptation ne se résume pas à une simple question d'« efficacité », car « [i] semblera toujours manifestement moins coûteux de maintenir le statu quo et de ne pas éliminer un obstacle discriminatoire » (*VIA Rail*, par. 225).

[51] Dans le cas de Jeffrey, le Tribunal a accepté que le district était aux prises avec des difficultés financières durant la période pertinente. Toutefois, il a en outre conclu que des compressions avaient visé de manière disproportionnée les programmes destinés aux élèves ayant des besoins spéciaux. En effet, le district avait maintenu des programmes discrectionnaires comme l'école en plein air (« *Outdoor School* ») — un centre de plein air où les élèves recevaient de l'enseignement sur la collectivité et l'environnement — alors qu'il avait supprimé le Centre de diagnostic, et ce, malgré les coûts similaires de ces programmes. Comme l'a fait remarquer la juge Rowles, [TRADUCTION] « sans minimiser la valeur pédagogique de l'école en plein air, de tels projets spécialisés et discrectionnaires ne peuvent être comparés aux mesures d'adaptation nécessaires pour rendre le programme de base accessible aux élèves ayant des troubles d'apprentissage sévères » (par. 154).

[52] Fait plus important encore, comme il a été indiqué plus tôt le Tribunal a conclu que le district n'avait procédé à *aucune* évaluation, financière ou

alternatives were or could be reasonably available to accommodate special needs students if the Diagnostic Centre were closed. This was cogently summarized by Rowles J.A. as follows:

The Tribunal found that prior to making the decision to close [the Diagnostic Centre], the District did not undertake a needs-based analysis, consider what might replace [the Diagnostic Centre], or assess the effect of the closure on severely learning disabled students. The District had no specific plan in place to replace the services, and the eventual plan became learning assistance, which, by definition and purpose, was ill-suited for the task. The philosophy for the restructuring was not prepared until two months after the decision had been made (paras. 380-382, 387-401, 895-899). *These findings of fact of the Tribunal are entitled to deference, and undermine the District's submission that it discharged its obligations to investigate and consider alternative means of accommodating severely learning disabled students before cutting services for them.* Further, there is no evidence that the District considered cost-reducing alternatives for the continued operation of [the Diagnostic Centre]. [Emphasis added; para. 143.]

The failure to consider financial alternatives completely undermines what is, in essence, the District's argument, namely that it was justified in providing no meaningful access to an education for Jeffrey because it had no economic choice. In order to decide that it had *no* other choice, it had at least to consider what those other choices were.

[53] Given the Tribunal's findings that the District had other options for addressing its budgetary crisis, its conclusion that the District's conduct was not justified should not be disturbed. The finding of discrimination is thereby confirmed.

[54] This brings us to the Province's role. The District's budgetary crisis was created, at least in part, by the Province's funding shortfalls. But

autre, des solutions de rechange qui existaient ou auraient pu raisonnablement être trouvées pour répondre aux besoins des élèves ayant des besoins spéciaux si la décision de fermer le Centre de diagnostic était prise. Cette absence d'évaluation a été résumée de manière convaincante en ces termes par la juge Rowles de la Cour d'appel :

[TRADUCTION] Le Tribunal a conclu que, avant de décider de fermer [le Centre de diagnostic], le district n'avait pas réalisé d'analyse des besoins, considéré quelles mesures pourraient remplacer [le Centre de diagnostic] ou évaluer l'effet de cette fermeture sur les élèves ayant des troubles d'apprentissage sévères. Le district n'avait pas établi de plan précis pour remplacer les services en question, et il a fini par opter pour l'aide à l'apprentissage, mesure qui, par définition et par finalité, se prêtait mal à cette tâche. Les principes sous-tendant la restructuration n'ont été rédigés que deux mois après que la décision ait été prise (par. 380-382, 387-401, 895-899). *Ces conclusions de fait du Tribunal commandent la déférence, et elles affaiblissent la prétention du district selon laquelle il se serait acquitté de son obligation d'examiner et d'envisager d'autres moyens de répondre aux besoins des élèves ayant des troubles d'apprentissage sévères avant d'éliminer des services leur étant destinés.* En outre, aucune preuve n'indique que le district a étudié des réductions de dépenses qui auraient permis de garder [le Centre de diagnostic] ouvert. [Italique ajouté; par. 143.]

L'omission d'envisager d'autres réaménagements financiers invalide complètement l'argument essentiel du district, à savoir qu'il était justifié de ne pas fournir à Jeffrey d'accès concret à l'éducation, parce que, financièrement, il n'avait pas le choix d'agir comme il l'a fait. Pour décider qu'il ne disposait d'*aucune* autre solution, le district devait à tout le moins se demander quelles auraient pu être ces autres solutions.

[53] Compte tenu des constatations du Tribunal suivant lesquelles le district disposait d'autres solutions pour régler sa crise budgétaire, il n'y a pas lieu de modifier sa conclusion que la conduite du district n'était pas justifiée. La conclusion de discrimination est en conséquence confirmée.

[54] Cela nous amène au rôle joué par la province. La crise financière que traversait le district avait été créée, du moins en partie, par l'insuffisance du

in light of the Tribunal's finding that it was the District which failed to properly consider the consequences of closing the Diagnostic Centre or how to accommodate the affected students, it seems to me that the conclusion that the Province was liable for the District's discriminatory conduct towards Jeffrey cannot be sustained.

[55] This leads to considering the remedies imposed by the Tribunal which have been appealed to this Court. A remedial decision by the Tribunal is subject to a standard of patent unreasonableness according to s. 59 of the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45.

[56] The Tribunal awarded the Moores the amount of tuition paid for Jeffrey to attend Kenneth Gordon School and Fraser Academy, up to and including Grade 12, half of the costs incurred for his transportation to and from those schools, and \$10,000 for "the injury to [Jeffrey's] dignity, feelings and self-respect". This order, it seems to me, is sustainable given the actual scope of the complaint.

[57] But the Tribunal's systemic remedies are so remote from the scope of the complaint, that in my view they reach the threshold set out in s. 59 of the *Administrative Tribunals Act*. Those problematic remedies are:

- That the Province allocate funding on the basis of actual incidence levels, establish mechanisms ensuring that accommodations for Severe Learning Disabilities students are appropriate and meet the stated goals in legislation and policies, and ensure that districts have a range of services to meet the needs of Severe Learning Disabilities students.
- That the District establish mechanisms to ensure that its delivery of services to Severe Learning

financement accordé par la province. Cependant, vu la conclusion du Tribunal selon laquelle c'était le district qui avait omis d'examiner convenablement les conséquences de la fermeture du Centre de diagnostic ou les moyens de répondre aux besoins des élèves touchés, il m'apparaît impossible de confirmer la conclusion que la province était responsable de la conduite discriminatoire du district à l'endroit de Jeffrey.

[55] Il convient maintenant d'examiner les réparations imposées par le Tribunal qui ont été portées en appel devant notre Cour. Suivant l'art. 59 de la loi intitulée *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, les décisions portant réparation prononcées par le Tribunal sont assujetties à la norme de la décision manifestement déraisonnable.

[56] Le Tribunal a accordé aux Moore le remboursement des frais de scolarité versés pour que Jeffrey puisse fréquenter l'école Kenneth Gordon et la Fraser Academy, jusqu'en douzième année inclusivement, et de la moitié des frais de transport engagés pour conduire Jeffrey à ces écoles et le ramener chez lui, ainsi qu'une somme de 10 000 \$ pour [TRADUCTION] « atteinte à la dignité, aux sentiments et à l'estime de soi [de Jeffrey] ». Cette ordonnance peut, il me semble, être confirmée compte tenu de la portée concrète de la plainte.

[57] Cependant, les réparations d'ordre systémique imposées par le Tribunal sont tellement éloignées de l'objet de la plainte qu'elles satisfont à mon avis au critère énoncé à l'art. 59 de la loi intitulée *Administrative Tribunals Act*. Voici les réparations problématiques :

- La province doit allouer des fonds en fonction des taux d'incidence réels, établir des mécanismes permettant de s'assurer que les mesures d'adaptation destinées aux élèves ayant des troubles d'apprentissage sévères sont appropriées et respectent les objectifs énoncés dans la loi et les politiques, et elle doit veiller à ce que les districts disposent d'une gamme de services permettant de répondre aux besoins de ces élèves.
- Le district doit établir des mécanismes permettant de s'assurer que les services qu'il fournit aux

Disabilities students meet the stated goals in legislation and policies, and ensure that it had a range of services to meet the needs of Severe Learning Disabilities students.

- The Tribunal remained seized of the matter to oversee the implementation of its remedial orders.

[58] Having first found that Jeffrey had suffered discrimination at the hands of the District, the Tribunal then considered whether the broader policies of the District and the Province constituted systemic discrimination. I think this flows from the fact that it approached discrimination in a binary way: individual and systemic. It was, however, neither necessary nor conceptually helpful to divide discrimination into these two discrete categories. A practice is discriminatory whether it has an unjustifiably adverse impact on a single individual or systemically on several: *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). The only difference is quantitative, that is, the number of people disadvantaged by the practice.

[59] In *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, this Court first identified ‘systemic discrimination’ by name. It defined it as “practices or attitudes that have, whether by design or impact, the effect of limiting an individual’s or a group’s right to the opportunities generally available because of attributed rather than actual characteristics” (p. 1138). Notably, however, the designation did not change the analysis. The considerations and evidence at play in a group complaint may undoubtedly differ from those in an individual complaint, but the focus is always on whether the complainant has suffered arbitrary adverse effects based on a prohibited ground.

élèves ayant des troubles d’apprentissage sévères respectent les objectifs énoncés dans la loi et les politiques, et il doit s’assurer qu’il dispose d’une gamme de services permettant de répondre aux besoins des élèves ayant des troubles d’apprentissage sévères.

- Le Tribunal demeure saisi de l’affaire afin de superviser l’exécution des ordonnances réparatrices qu’il a prononcées.

[58] Après avoir jugé que Jeffrey avait été victime de discrimination de la part du district, le Tribunal s’est ensuite demandé si les politiques générales du district et de la province constituaient de la discrimination systémique. J’estime que cette façon de faire découle du fait que le Tribunal a abordé la question de la discrimination selon une approche dualiste : individuelle et systémique. Il n’était cependant pas nécessaire ni utile conceptuellement de scinder la discrimination en ces deux catégories distinctes. Une pratique est discriminatoire, et ce, que ses conséquences préjudiciables injustifiables affectent soit une seule personne, soit plusieurs personnes de façon systémique : *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). La différence est uniquement de nature quantitative, à savoir le nombre de personnes défavorisées par la pratique.

[59] C’est dans 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, que notre Cour a pour la première fois parlé nommément de « discrimination systémique ». Elle a défini cette notion comme étant « des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l’accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d’emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort » (p. 1138). Il importe toutefois de souligner que cette désignation n’a pas eu pour effet de modifier l’analyse. Il va de soi que les considérations et les éléments de preuve en cause dans une plainte collective peuvent différer de ceux d’une plainte individuelle, mais l’analyse demeure toujours axée sur la question de savoir si le plaignant a subi des effets préjudiciables qui lui ont été causés de façon arbitraire pour un motif de distinction illicite.

[60] The inquiry is into whether there is discrimination, period. The question in every case is the same: does the practice result in the claimant suffering arbitrary — or unjustified — barriers on the basis of his or her membership in a protected group. Where it does, discrimination will be established.

[61] It is true that before *Meiorin* and *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868 (“*Grismer*”), different remedial approaches had been applied for direct versus adverse impact discrimination. But in *Meiorin*, McLachlin J. observed that since few rules are framed in directly discriminatory terms, the human rights issue will generally be whether the claimant has suffered adverse effects. Insightfully, she commented that upholding a remedial distinction between direct and adverse effect discrimination “may, in practice, serve to legitimize systemic discrimination” (para. 39). The *Meiorin/Grismer* approach imposed a unified remedial theory with two aspects: the removal of arbitrary barriers to participation by a group, and the requirement to take positive steps to remedy the adverse impact of neutral practices.

[62] *Meiorin* and *Grismer* also directed that practices that are neutral on their face but have an unjustifiable adverse impact based on prohibited grounds will be subject to a requirement to “accommodate the characteristics of affected groups within their standards, rather than maintaining discriminatory standards supplemented by accommodation for those who cannot meet them” (*Grismer*, at para. 19).

[63] In that sense, it is certainly true that a remedy for an individual claimant can have a ‘systemic’

[60] Il s’agit de décider s’il y a discrimination, point à la ligne. La question est la même dans chaque cas : La pratique impose-t-elle au plaignant des obstacles arbitraires — ou injustifiés — du fait de son appartenance à un groupe protégé? Dans l’affirmative, la discrimination a été établie.

[61] Il est vrai que, avant les arrêts *Meiorin* et *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 (« *Grismer* »), des démarches différentes étaient appliquées en matière de réparations selon qu’il était question de discrimination directe ou de discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Mais dans *Meiorin*, la juge McLachlin a fait remarquer que, comme peu de règles sont formulées de manière explicitement discriminatoire, la question à trancher au regard des droits de la personne consiste généralement à se demander si le plaignant a subi des effets préjudiciables. Avec beaucoup de perspicacité, elle a souligné que le maintien — du point de vue des réparations — d’une distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d’un effet préjudiciable « peut, en pratique, contribuer à légitimer la discrimination systémique » (par. 39). L’analyse fondée sur les arrêts *Meiorin/Grismer* a imposé en matière de réparations une théorie unifiée comportant deux aspects : l’élimination des obstacles arbitraires à la participation d’un groupe et l’obligation de prendre des mesures concrètes pour remédier aux effets préjudiciables de pratiques neutres.

[62] Les arrêts *Meiorin* et *Grismer* ont également précisé que, lorsque des pratiques en apparence neutres produisent un effet préjudiciable injustifié en raison de motifs de distinction illicite, les responsables de ces pratiques ont l’obligation « de tenir compte dans leurs normes des caractéristiques des groupes touchés, au lieu de maintenir des normes discriminatoires complétées par des mesures d’accommodement pour ceux qui ne peuvent pas y satisfaire » (*Grismer*, par. 19).

[63] En ce sens, il est sûrement vrai que la réparation accordée au plaignant dans le cadre d’une

impact. In *Grismer*, for example, the issue was a rule that excluded individuals with a medical condition affecting peripheral vision — homonymous hemianopia — from obtaining a drivers' licence. The Court concluded that this rule had a discriminatory impact on Mr. Grismer and upheld the Tribunal's order that the Superintendent test Mr. Grismer individually. Although the remedy was individual to Mr. Grismer, it clearly had remedial consequences for others in his circumstances. Similarly, a finding that Jeffrey suffered discrimination and was entitled to a consequential personal remedy, has clear broad remedial repercussions for how other students with severe learning disabilities are educated.

[64] But the remedy must flow from the claim. In this case, the claim was made on behalf of Jeffrey, and the evidence giving concrete support to the claim all centred on him. While the Tribunal was certainly entitled to consider systemic evidence in order to determine whether Jeffrey had suffered discrimination, it was unnecessary for it to hold an extensive inquiry into the precise format of the provincial funding mechanism or the entire provincial administration of special education in order to determine whether *Jeffrey* was discriminated against. The Tribunal, with great respect, is an adjudicator of the particular claim that is before it, not a Royal Commission.

[65] The connection between the high incidence/low cost cap and the closure of the Diagnostic Centre is remote, given the range of factors that led to the District's budgetary crisis. There is no particular reason to think that these funding mechanisms could not be retained in some form while still ensuring that Severe Learning Disabilities students receive adequate support. It is entirely legitimate for the Province to choose a block funding mechanism in order to ensure that districts do not

plainte individuelle peut avoir des conséquences à l'échelle « systémique ». Dans l'arrêt *Grismer*, par exemple, le litige portait sur une règle qui empêchait les personnes atteintes d'un trouble de la vue affectant leur vision périphérique — l'hémianopsie homonyme — d'obtenir un permis de conduire. La Cour a conclu que cette règle avait des conséquences discriminatoires sur M. Grismer et elle a confirmé l'ordonnance du Tribunal enjoignant au surintendant d'évaluer M. Grismer. Bien que la réparation accordée à M. Grismer ait eu un caractère « individuel », elle avait manifestement des conséquences sur le plan des réparations pour les autres personnes dans la même situation que lui. De même, la conclusion que Jeffrey a été victime de discrimination et qu'il a droit de ce fait à une réparation personnelle a, sur le plan des réparations, d'importantes répercussions évidentes sur la manière dont on enseigne aux autres élèves ayant des troubles d'apprentissage sévères.

[64] La réparation doit cependant découler de la demande. En l'espèce, la demande a été présentée au nom de Jeffrey, et tous les éléments de preuve étayant concrètement cette demande le concernaient directement. Le Tribunal était certes autorisé à tenir compte de la preuve de nature systémique afin de décider si Jeffrey avait été victime de discrimination, mais il n'était pas nécessaire qu'il se livre à une enquête approfondie sur la structure précise des mécanismes de financement provinciaux ou sur tous les aspects de l'administration par la province de l'éducation spécialisée pour décider si *Jeffrey* avait été victime de discrimination. À mon humble avis, le Tribunal a pour rôle de statuer sur la plainte particulière dont il est saisi, non d'agir comme une commission royale d'enquête.

[65] Le lien entre le plafonnement des dépenses liées à la catégorie « incidence élevée/faibles coûts » et la fermeture du Centre de diagnostic n'a qu'un caractère indirect, compte tenu de l'éventail des facteurs à l'origine de la crise budgétaire du district. Il n'y a aucune raison particulière de penser que ces mécanismes de financement ne pourraient pas être maintenus sous une forme ou sous une autre tout en continuant de veiller à ce que les élèves ayant des troubles d'apprentissage sévères

have an incentive to over-report Severe Learning Disabilities students, so long as it *also* complies with its human rights obligations. In other words, while systemic evidence can be instrumental in establishing a human rights complaint, the evidence about the provincial funding regime, and the high incidence/low cost cap in particular, was too remote to demonstrate discrimination against *Jeffrey*. And the Tribunal's orders that the District establish mechanisms to ensure that accommodations for Severe Learning Disabilities students meet the stated goals in legislation and policies, and provide a range of services to meet their needs, in any event, essentially direct the District to comply with the *Human Rights Code*. They are, to that extent, redundant.

[66] Moreover, the Tribunal's order that it remain seized of the matter to oversee implementation is hardly suited to a claim brought on behalf of an individual student who has finished his high school education and will not re-enter the public school system. It goes without saying that if the District is to avoid similar claims such as those *Jeffrey* brought, it will have to ensure that it provides a range of services for special needs students in accordance with the *School Act* and its related policies. There is no remaining need for the Tribunal to remain seized of the matter in order to satisfy *Jeffrey's* claim.

[67] In fairness to the Tribunal, I think the fact that the scope of the inquiry and the resulting remedial orders were expanded beyond *Jeffrey's* actual complaints can be traced to the unusual procedural history of this case. Frederick Moore's initial complaints under s. 8 alleged that the District and the

reçoivent un soutien adéquat. Il est tout à fait légitime pour la province d'opter pour un mécanisme de financement global en vue d'éviter que les districts aient intérêt à surestimer le nombre d'élèves ayant des troubles d'apprentissage sévères, tant et aussi longtemps qu'elle respecte *aussi* ses obligations au titre de droits de la personne. En d'autres termes, bien qu'une preuve de nature systémique puisse jouer un rôle important dans l'établissement du bien-fondé d'une plainte en matière de droits de la personne, la preuve concernant le régime de financement provincial, particulièrement celle touchant le plafonnement des dépenses liées à la catégorie « incidence élevée/faibles coûts », était trop indirecte pour établir que *Jeffrey* avait été victime de discrimination. En outre, les ordonnances du Tribunal enjoignant au district d'établir des mécanismes pour s'assurer que les mesures destinées aux élèves ayant des troubles d'apprentissage sévères respectent les objectifs énoncés dans la loi et les politiques, et de fournir un éventail de services pour répondre aux besoins de ces élèves reviennent en tout état de cause essentiellement à intimer au district de se conformer au *Human Rights Code*. Ces ordonnances sont, dans cette mesure, redondantes.

[66] De surcroît, l'ordonnance du Tribunal précisant qu'il demeure saisi de l'affaire afin de superviser la mise en œuvre des réparations qu'il a imposées ne convient guère pour une demande présentée au nom d'un élève donné qui a terminé ses études secondaires et ne réintégrera pas le réseau scolaire public. Il va sans dire que, si le district veut éviter d'être l'objet de demandes semblables à celle présentée par *Jeffrey*, il devra s'assurer de fournir un éventail de services destinés aux élèves ayant des besoins spéciaux conformément à la *School Act* et à ses politiques connexes. Il n'est plus nécessaire pour le Tribunal de demeurer saisi de l'affaire afin de satisfaire à la demande de *Jeffrey*.

[67] En toute justice pour le Tribunal, le fait que la portée de l'enquête et des ordonnances réparatrices en découlant ait été élargie au-delà de l'objet des plaintes précises déposées par *Jeffrey* peut, selon moi, s'expliquer par le caractère inhabituel du déroulement des procédures en l'espèce. Dans



Province had failed to identify Jeffrey's disability early enough and failed to provide him with sufficient support to enable him to access public education. He also complained that the District and the Province had failed to properly fund, support and monitor special education throughout the Province.

[68] In a preliminary decision on the scope of the complaint and the required disclosure, a Tribunal member allowed the Moores to lead systemic evidence establishing the complaint. However, she properly noted that “[a]lthough systemic discrimination does not have to be specifically pleaded, it must relate to the complaint *as framed by the Complainant*” (emphasis added). This, I think, was a clear direction to the Tribunal hearing the merits of the case that while systemic *evidence* could be helpful, the *claim* should remain centred on Jeffrey.

[69] But the issue was complicated on judicial review where, in upholding this preliminary decision, Shaw J. said that the complaint “*includes* allegations of province-wide systemic discrimination by the Ministry against dyslexic students” ((2001), 88 B.C.L.R. (3d) 343 (emphasis added)). This does not appear to have been challenged before the Tribunal, and I think it was on this basis that the Tribunal appears to have departed from the actual focus of the complaint — Jeffrey — and imposed systemic remedies based on its systemic conclusions.

[70] This does not in any way detract, however, from the cogency of the Tribunal's core analysis. Its finding of discrimination against Jeffrey Moore by the District should be upheld, as should the individual orders, which reimburse the Moores for the

ses plaintes initiales fondées sur l'art. 8, Frederick Moore reprochait au district et à la province de ne pas avoir décelé assez tôt le trouble dont Jeffrey est atteint et de ne pas lui avoir fourni un appui suffisant pour lui permettre d'avoir accès à l'éducation publique. M. Moore reprochait également au district et à la province de ne pas avoir financé, soutenu et supervisé adéquatement l'éducation spécialisée dans l'ensemble de la province.

[68] Dans une décision préliminaire concernant l'objet de la plainte et l'étendue de la communication de la preuve requise, une membre du Tribunal a autorisé les Moore à produire des éléments de preuve de nature systémique tendant à établir le bien-fondé de la plainte. Toutefois, elle a souligné avec justesse que [TRADUCTION] « [b]ien que la discrimination systémique n'ait pas à être expressément plaidée, elle doit avoir un lien avec la plainte *telle qu'elle est formulée par le plaignant* » (italique ajouté). À mon avis, il s'agissait là d'une indication claire à la formation du Tribunal chargée de statuer sur le fond de l'affaire que, bien qu'il soit possible que des *éléments de preuve* de nature systémique puissent être utiles, la *demande* devait rester axée sur Jeffrey.

[69] Cependant, cette question s'est compliquée à l'étape du contrôle judiciaire. Dans son jugement confirmant cette décision préliminaire, le juge Shaw a conclu que la plainte [TRADUCTION] « *contient* des allégations reprochant au ministère d'être responsable de discrimination systémique contre les élèves atteints de dyslexie partout dans la province » ((2001), 88 B.C.L.R. (3d) 343 (italique ajouté)). Cette conclusion ne semble pas avoir été contestée devant le Tribunal et, à mon avis, c'est pour cette raison que le Tribunal paraît ne pas s'être attaché essentiellement à la situation de la personne au cœur de la plainte — Jeffrey — et avoir imposé des réparations d'ordre systémique sur la base de ses conclusions sur cet aspect.

[70] Cela n'enlève toutefois rien au caractère convaincant de l'analyse centrale réalisée par le Tribunal. Sa conclusion selon laquelle Jeffrey Moore a fait l'objet de discrimination par le district doit être confirmée, tout comme les ordonnances

cost of private schooling and award them damages. These orders properly seek to compensate them for the harm that Jeffrey suffered and were well within the Tribunal's broad remedial authority. Given my earlier comments on the liability of the Province, however, the order for reimbursement and damages should apply only against the District. I would, however, set aside the remaining orders.

[71] The appeal is therefore substantially allowed as discussed, with costs to the Moores throughout since they were successful in upholding the central finding that there was discrimination.

*Appeal substantially allowed with costs throughout.*

*Solicitor for the appellant: Community Legal Assistance Society, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia, as represented by the Ministry of Education: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the respondent the Board of Education of School District No. 44 (North Vancouver), formerly known as The Board of School Trustees of School District No. 44 (North Vancouver): Guild Yule, Vancouver.*

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

*Solicitor for the intervener Justice for Children and Youth: Canadian Foundation for Children, Youth & the Law, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the British Columbia Teachers' Federation: British Columbia Teachers' Federation, Vancouver.*

de nature individuelle accordant aux Moore le remboursement des frais liés à la fréquentation des écoles privées ainsi que des dommages-intérêts. Ces ordonnances visent à juste titre à les indemniser en raison du préjudice subi par Jeffrey et elles se situaient bien à l'intérieur des limites du large pouvoir de réparation conféré au Tribunal. Cependant, vu les commentaires que j'ai faits plus tôt au sujet de la responsabilité de la province, l'ordonnance intimant le remboursement des frais et le paiement de dommages-intérêts ne s'applique qu'au district. J'annulerais toutefois les autres ordonnances.

[71] Le pourvoi est donc en grande partie accueilli tel qu'il a été expliqué, avec dépens en faveur des Moore devant toutes les cours, puisqu'ils ont réussi à faire confirmer la conclusion centrale selon laquelle il y avait discrimination.

*Pourvoi accueilli en grande partie avec dépens devant toutes les cours.*

*Procureur de l'appelant : Community Legal Assistance Society, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique, représentée par le ministère de l'Éducation : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureurs de l'intimé Board of Education of School District No. 44 (North Vancouver), anciennement appelé The Board of School Trustees of School District No. 44 (North Vancouver) : Guild Yule, Vancouver.*

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

*Procureur de l'intervenante Justice for Children and Youth : Canadian Foundation for Children, Youth & the Law, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante British Columbia Teachers' Federation : British Columbia Teachers' Federation, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Council of Canadians with Disabilities: Camp Fiorante Matthews, Vancouver.*

*Solicitor for the interveners the Ontario Human Rights Commission, the Saskatchewan Human Rights Commission and the Alberta Human Rights Commission: Ontario Human Rights Commission, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the International Dyslexia Association, Ontario Branch: Norton Rose Canada, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Learning Disabilities Association of Canada: Pitblado, Winnipeg.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Constitution Foundation: Bennett Jones, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Manitoba Human Rights Commission: Manitoba Human Rights Commission, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the West Coast Women's Legal Education and Action Fund: West Coast Women's Legal Education and Action Fund, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Association for Community Living: ARCH Disability Law Centre, Toronto.*

*Solicitor for the intervener Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal.*

*Solicitor for the intervener the British Columbia Human Rights Tribunal: British Columbia Human Rights Tribunal, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the First Nations Child and Family Caring Society of Canada: Stikeman Elliott, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences: Camp Fiorante Matthews, Vancouver.*

*Procureur des intervenantes la Commission ontarienne des droits de la personne, Saskatchewan Human Rights Commission et Alberta Human Rights Commission: Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante International Dyslexia Association, Ontario Branch: Norton Rose Canada, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne: Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des troubles d'apprentissage: Pitblado, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intervenante Canadian Constitution Foundation: Bennett Jones, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne du Manitoba: Commission des droits de la personne du Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant West Coast Women's Legal Education and Action Fund: West Coast Women's Legal Education and Action Fund, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne pour l'intégration communautaire: ARCH Disability Law Centre, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant British Columbia Human Rights Tribunal: British Columbia Human Rights Tribunal, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada: Stikeman Elliott, Ottawa.*

**P.D.T.** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent***INDEXED AS: R. v. P.D.T.****2012 SCC 62**

File No.: 34780.

2012: November 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Reasonable verdict — During police interview, accused first denied that he had ever touched complainant in sexual manner, but ultimately admitted to some sexual touching — Complainant's evidence, combined with accused's confirmatory admissions, sufficiently supported conviction for sexual interference and sexual exploitation.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (McFadyen, Berger and O'Ferrall JJ.A.), 2012 ABCA 68, 522 A.R. 297, 544 W.A.C. 297, [2012] A.J. No. 730 (QL), 2012 CarswellAlta 1554, upholding the accused's convictions for sexual interference and sexual exploitation. Appeal dismissed.

*Deborah R. Hatch*, for the appellant.

*Maureen J. McGuire*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — This is an appeal as of right. The only issue is whether the verdict of guilt was unreasonable. We agree with the majority of the Court of Appeal that the verdict is not unreasonable. The appeal is dismissed and the conviction affirmed.

**P.D.T.** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. P.D.T.****2012 CSC 62**

N° du greffe : 34780.

2012 : 9 novembre.

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

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

*Droit criminel — Verdict raisonnable — Durant l'interrogatoire policier, l'accusé a d'abord nié s'être livré à des attouchements à caractère sexuel sur la plaignante, mais a en définitive avoué certains attouchements — Le témoignage de la plaignante, conjugué aux aveux confirmatoires de l'accusé, étayait suffisamment la déclaration de culpabilité pour contacts sexuels et exploitation sexuelle.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges McFadyen, Berger et O'Ferrall), 2012 ABCA 68, 522 A.R. 297, 544 W.A.C. 297, [2012] A.J. No. 730 (QL), 2012 CarswellAlta 1554, qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé pour contacts sexuels et exploitation sexuelle. Pourvoi rejeté.

*Deborah R. Hatch*, pour l'appelant.

*Maureen J. McGuire*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Il s'agit d'un appel de plein droit. La seule question à trancher est celle de savoir si le verdict de culpabilité était déraisonnable. Nous souscrivons à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle le verdict n'est pas déraisonnable. L'appel est rejeté et la déclaration de culpabilité confirmée.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Gunn Law Group,  
Edmonton.*

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

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appellant : Gunn Law Group,  
Edmonton.*

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

**D.J.W.** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. D.J.W.**

**2012 SCC 63**

File No.: 34623.

2012: November 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Aggravated assault — Assault with a weapon — Elements of offence — Accused attempting to circumcise four-year-old son — Accused convicted by trial judge of criminal negligence causing bodily harm, but acquitted of aggravated assault and of lesser included offence of assault with a weapon — Court of Appeal entering convictions for aggravated assault and assault with a weapon and entering a stay of conviction for criminal negligence causing bodily harm — All elements of charges against accused had been established.*

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J. and Kirkpatrick and Hinkson J.J.A.), 2011 BCCA 522, 314 B.C.A.C. 209, 534 W.A.C. 209, 282 C.C.C. (3d) 352, [2011] B.C.J. No. 2463 (QL), 2011 CarswellBC 3547, setting aside the accused's acquittal on charges of aggravated assault and assault using a weapon, entering convictions on those charges and entering a stay of the accused's conviction for criminal negligence causing bodily harm. Appeal dismissed.

*Douglas H. Christie*, for the appellant.

*Margaret A. Mereigh*, for the respondent.

**D.J.W.** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. D.J.W.**

**2012 CSC 63**

N° du greffe : 34623.

2012 : 16 novembre.

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

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

*Droit criminel — Voies de fait graves — Agression armée — Éléments de l'infraction — Tentative par l'accusé de circoncire son fils de quatre ans — Accusé déclaré coupable par le juge du procès d'avoir causé des lésions corporelles par négligence criminelle, mais acquitté de voies de fait graves et d'agression armée, une infraction moindre et incluse — Inscription par la Cour d'appel de déclarations de culpabilité pour voies de fait graves et agression armée ainsi que d'une suspension de la déclaration de culpabilité pour négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles — Tous les éléments des infractions reprochées à l'accusé avaient été établis.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Kirkpatrick et Hinkson), 2011 BCCA 522, 314 B.C.A.C. 209, 534 W.A.C. 209, 282 C.C.C. (3d) 352, [2011] B.C.J. No. 2463 (QL), 2011 CarswellBC 3547, qui a écarté l'acquittement prononcé en faveur de l'accusé relativement aux accusations de voies de fait graves et d'agression armée, inscrit des déclarations de culpabilité à l'égard de ces chefs d'accusation et suspendu la déclaration de culpabilité pour négligence ayant causé des lésions corporelles. Pourvoi rejeté.

*Douglas H. Christie*, pour l'appelant.

*Margaret A. Mereigh*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] LEBEL J. — We all agree with Hinkson J.A., writing for a unanimous Court of Appeal, that all the elements of the charges against the appellant had been established. We will not comment on whether the charge of assault with a weapon should have been stayed, as this issue was not raised in this Court. Nor do we need, on the specific facts of this case, to rule definitively on whether a circumcision performed by a person without medical training can ever be considered reasonable and in the child's best interest. For these reasons, the appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Douglas H. Christie, Victoria.*

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

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE LEBEL — Nous convenons tous avec le juge Hinkson, auteur des motifs unanimes de la Cour d'appel, que chacun des éléments des infractions reprochées à l'appellant a été établi. Nous ne nous prononçons pas sur la question de savoir s'il aurait dû y avoir arrêt des procédures relativement à l'accusation d'agression armée, car elle ne fait pas l'objet du pourvoi. Point n'est besoin non plus, étant donné les faits particuliers de l'affaire, de trancher définitivement la question de savoir s'il pourrait jamais être raisonnable et dans son intérêt qu'un enfant soit circoncis par une personne qui n'a pas de formation médicale. Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelant : Douglas H. Christie, Victoria.*

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

**Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

**Robert Kane** *Respondent*

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

**2012 SCC 64**

File No.: 34147.

2012: November 6; 2012: November 23.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Administrative law — Judicial review — Standard of review — Public Service Staffing Tribunal concluding that decision by employer to staff position by means of advertised process did not constitute abuse of authority — Whether decision of Tribunal reviewable on standard of reasonableness.*

K was employed by Service Canada in a position classified at the PM-05 level. As part of a reorganization, the position of Regional Manager was created at the PM-06 level. The employer decided to fill the PM-06 position through an internal advertised process. K applied to the competition but failed a mandatory examination. K filed a complaint with the Public Service Staffing Tribunal stating an abuse of authority contrary to the *Public Service Employment Act*. The Tribunal dismissed K's claim because he had not established abuse of authority. The Federal Court affirmed the Tribunal's decision. The Federal Court of Appeal allowed the appeal and sent this case back to the Tribunal.

*Held:* The appeal should be allowed and the decision of the Tribunal affirmed.

The decision of the majority of the Federal Court of Appeal must be set aside for four reasons. First, there is nothing in either the *Public Service Employment Act* or the *Public Service Employment Regulations* which requires a deputy head to utilize a particular selection process. Second, the majority assessed the decision of the Public Service Staffing Tribunal against a claim

**Procureur général du Canada** *Appellant*

c.

**Robert Kane** *Intimé*

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

**2012 CSC 64**

N° du greffe : 34147.

2012 : 6 novembre; 2012 : 23 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conclusion du Tribunal de la dotation de la fonction publique portant que la décision de l'employeur de doter le poste au moyen d'un processus de nomination annoncé ne constituait pas un abus de pouvoir — Est-ce que la décision du Tribunal est susceptible de contrôle suivant la norme de la décision raisonnable?*

K travaillait pour Service Canada et occupait un poste classé au niveau PM-05. Dans le cadre d'une réorganisation, le poste de gestionnaire régional de niveau PM-06 a été créé. L'employeur a décidé de doter ce poste au moyen d'un processus de nomination interne annoncé. K a participé au concours, mais il a échoué à un examen obligatoire. Il a déposé auprès du Tribunal de la dotation de la fonction publique une plainte reprochant un abus d'autorité au sens de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Le Tribunal a rejeté la plainte de K, au motif que ce dernier n'avait pas établi l'existence d'un abus de pouvoir. La Cour fédérale a confirmé la décision du Tribunal. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel formé devant elle et renvoyé l'affaire au Tribunal.

*Arrêt :* L'appel est accueilli et la décision du Tribunal est rétablie.

La décision des juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale doit être annulée, et ce, pour quatre raisons. Premièrement, rien dans la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* ou dans le *Règlement sur l'emploi dans la fonction publique* n'oblige un administrateur général à utiliser un processus de sélection en particulier. Deuxièmement, les juges majoritaires ont évalué la



that K did not make. Third, the decision to send this case back to the Tribunal was based on the majority's reading of the "principal justification" for the employer's decision but the Tribunal made no finding as to what the employer's "principal justification" may have been. Finally, there was no realistic possibility that the Tribunal could find an irrational finding of fact in this case.

### Statutes and Regulations Cited

*Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 33.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Evans, Dawson and Stratas J.J.A.), 2011 FCA 19, 413 N.R. 351, 328 D.L.R. (4th) 193, 36 Admin. L.R. (5th) 48, [2011] F.C.J. No. 79 (QL), 2011 CarswellNat 103, setting aside a decision of Heneghan J., 2009 FC 740, 356 F.T.R. 127, [2009] F.C.J. No. 1396 (QL), 2009 CarswellNat 3528, dismissing an application for judicial review from a decision of the Public Service Staffing Tribunal, 2007 PSST 35, 2007 CarswellNat 6307. Appeal allowed.

*Christopher Rupar and François Joyal*, for the appellant.

*Andrew Raven and Andrew Astritis*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — Mr. Kane was employed by Service Canada as Service Delivery Manager of the In-Person Community Services business line, a position classified at the PM-05 level. As part of a reorganization, the structure for the work unit was changed and the position of Regional Manager was created at the PM-06 level. Service Canada decided to fill the PM-06 position through an internal advertised process. Mr. Kane applied to the competition but failed a mandatory examination and so was unsuccessful.

[2] Mr. Kane filed a complaint with the Public Service Staffing Tribunal, stating: "The grounds

décision du Tribunal à la lumière d'un argument que K n'a pas soulevé. Troisièmement, la décision de renvoyer l'affaire au Tribunal découlait de la conclusion tirée par les juges majoritaires relativement à la « principale raison » justifiant la décision de l'employeur, mais le Tribunal n'a tiré aucune conclusion sur ce qu'a pu être la « principale raison » de l'employeur pour agir comme il l'a fait. Enfin, il n'existait aucune possibilité véritable que le Tribunal trouve une conclusion de fait irrationnelle en l'espèce.

### Lois et règlements cités

*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 33.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Evans, Dawson et Stratas), 2011 CAF 19, 413 N.R. 351, 328 D.L.R. (4th) 193, 36 Admin. L.R. (5th) 48, [2011] A.C.F. n° 79 (QL), 2011 CarswellNat 2679, qui a infirmé une décision de la juge Heneghan, 2009 CF 740, 356 F.T.R. 127, [2009] A.C.F. n° 1396 (QL), 2009 CarswellNat 4907, ayant rejeté la demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal de la dotation de la fonction publique, 2007 TDFP 35, 2007 CarswellNat 6308. Pourvoi accueilli.

*Christopher Rupar et François Joyal*, pour l'appelant.

*Andrew Raven et Andrew Astritis*, pour l'intimé.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — M. Kane travaillait pour Service Canada, à titre de directeur de la prestation de service au sein du secteur d'activités des Services aux collectivités et services en personne, un poste classé au niveau PM-05. Dans le cadre d'une réorganisation, la structure de l'unité de travail a été modifiée et le poste de gestionnaire régional de niveau PM-06 a été créé. Service Canada a décidé de doter ce poste au moyen d'un processus de nomination interne annoncé. M. Kane a participé au concours, mais il a échoué à un examen obligatoire et sa candidature n'a donc pas été retenue.

[2] M. Kane a déposé une plainte au Tribunal de la dotation de la fonction publique, déclarant ce

of my complaint are that my employer abused its [sic] authority in choosing an advertised internal appointment process” (A.R., vol. II, at p. 149).

[3] Before the Tribunal, Mr. Kane argued that (1) the PM-06 position was not a new position, but a reclassification of the old PM-05 position he had formerly held; (2) the practice in Newfoundland was not to advertise reclassified positions, but to internally fill them by appointment; and (3) advertising the position therefore constituted an abuse of authority under the *Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22 (“PSEA”).

[4] The Tribunal found that Mr. Kane had not established abuse of authority and dismissed his claim (2007 PSST 35 (CanLII)). The Federal Court, *per* Heneghan J., found the Tribunal’s decision to be reasonable and accordingly affirmed it (2009 FC 740, 356 F.T.R. 127). The Federal Court of Appeal allowed the appeal and sent the case back to the Tribunal for reconsideration (2011 FCA 19, 413 N.R. 351).

[5] The majority of the Federal Court of Appeal found that the Tribunal’s decision was unreasonable because it had failed to consider that an abuse of authority could arise where a decision to use an advertised appointment process was based on an unreasonable finding of material fact. While the employer was not, under the new Act, required to consider whether a position was new or reclassified, that was a factor that the employer could consider. Reviewing the record in this case, the majority found that the employer had in fact taken the newness of the PM-06 position into account when it decided to use an advertised position. The majority was of the view that the newness of the PM-06 position was the “principal justification” given by the employer for choosing an advertised process. Thus, if Mr. Kane could establish that there was “no rational basis” for the employer’s assumption that the PM-06 position was new, he might have succeeded in demonstrating that the decision to use an advertised process was arbitrary and therefore

qui suit : [TRADUCTION] « Le motif de ma plainte est que mon employeur a abusé de son pouvoir en choisissant un processus de nomination interne annoncé » (d.a., vol. II, p. 149).

[3] Devant le Tribunal, M. Kane a invoqué les arguments suivants : (1) le poste PM-06 n’était pas un nouveau poste, mais résultait plutôt de la reclassification de l’ancien poste PM-05 qu’il avait déjà occupé; (2) à Terre-Neuve, la pratique ne consistait pas à annoncer des postes reclassifiés, mais plutôt à les doter à l’interne par voie de nomination; (3) la dotation du poste par voie de nomination annoncée constituait donc un abus de pouvoir au sens de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22 (la « LEFP »).

[4] Le Tribunal a jugé que M. Kane n’avait pas établi l’existence d’un abus de pouvoir et a rejeté sa plainte (2007 TDFP 35 (CanLII)). La Cour fédérale, sous la plume de la juge Heneghan, a conclu que la décision du Tribunal était raisonnable et l’a en conséquence confirmée (2009 CF 740 (CanLII)). La Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel de cette décision et renvoyé l’affaire au Tribunal pour réexamen (2011 CAF 19 (CanLII)).

[5] Les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale ont conclu que la décision du Tribunal était déraisonnable, parce que ce dernier avait omis d’envisager qu’un abus de pouvoir puisse découler du recours à un processus de nomination annoncé lorsque ce choix repose sur une conclusion déraisonnable concernant un fait important. Suivant la nouvelle loi, l’employeur n’était pas tenu de se demander s’il s’agissait d’un poste nouveau ou reclassifié, mais c’est un facteur qu’il pouvait considérer. Après examen du dossier en l’espèce, les juges majoritaires ont statué que l’employeur avait dans les faits tenu compte du caractère nouveau du poste PM-06 lorsqu’il avait décidé de recourir à un processus annoncé. Ils ont exprimé l’avis que cet élément constituait la « principale raison » ayant amené l’employeur à faire ce choix. En conséquence, si M. Kane était en mesure d’établir que le fait pour l’employeur de considérer le poste PM-06 comme un poste nouveau n’avait aucun fondement rationnel, il pourrait peut-être

an abuse of authority (para. 55). The Tribunal, by failing to consider Mr. Kane's arguments on this point, effectively excluded from the scope of the term "abuse of authority" decisions that are based on facts that have no rational support (para. 75). This was, in the majority's view, an unreasonable position for the Tribunal to take.

[6] In our respectful view, the decision of the majority of the Federal Court of Appeal must be set aside for four reasons. First and most fundamentally, the basis of Mr. Kane's complaint was abuse of authority "in choosing an advertised internal appointment process" (para. 91). The Tribunal acknowledged Mr. Kane's argument that advertising the position constituted abuse of authority because the PM-06 position was not a new position, but rather a reclassification. However, it held that regardless of whether the position was new or old, Service Canada was entitled to advertise the position, with the result that the alleged newness of the position did not give rise to an obligation to advertise the position. The gravamen of the complaint — that the choice of an advertised appointment process constituted an abuse of authority — was thus addressed by the Tribunal and resolved by its interpretation and application of the *PSEA*, its home statute. The Tribunal stated:

There is nothing in either the *PSEA* or the [*Public Service Employment Regulations*, SOR/2005-334] which requires a deputy head to utilize a particular selection process depending on whether the position at issue is either a new or reclassified position. On the contrary, section 33 of the *PSEA* clearly provides that the deputy head has the discretion to use an advertised or a non-advertised appointment process. [para. 65]

[7] This proposition, which has not been assailed as unreasonable, was sufficient to dispose of Mr. Kane's complaint, and made it unnecessary to

démontrer que le recours à un processus annoncé constituait une décision arbitraire et, donc, un abus de pouvoir (par. 55). En omettant de considérer les arguments de M. Kane sur ce point, le Tribunal a effectivement exclu de la portée du terme « abus de pouvoir » les décisions qui reposent sur des faits n'ayant aucun fondement rationnel (par. 75). De l'avis des juges majoritaires, il s'agissait d'une approche déraisonnable.

[6] À notre avis, la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale doit être annulée, et ce, pour quatre raisons. Premièrement et fondamentalement, la plainte de M. Kane reposait sur l'argument selon lequel l'employeur aurait commis un abus de pouvoir « lors du choix du processus de nomination interne annoncé » (par. 91). Le Tribunal a tenu compte de l'argument de M. Kane selon lequel le recours à un processus annoncé constituait un abus de pouvoir, parce que le poste PM-06 n'était pas nouveau mais résultait plutôt d'une reclassification. Toutefois, le Tribunal a statué que, indépendamment de la question de savoir si le poste était nouveau ou non, Service Canada avait le droit de le doter au moyen d'un processus annoncé, avec pour conséquence que même si le poste était considéré comme nouveau cela n'emportait pas l'obligation de recourir à un processus annoncé. Le fondement essentiel de la plainte — à savoir que le recours à un processus de nomination annoncé constituait un abus de pouvoir — a donc été examiné par le Tribunal et tranché par l'interprétation et l'application qu'a faites ce dernier de la *LEFP*, sa loi constitutive. Le Tribunal a affirmé ce qui suit :

Rien dans la *LEFP* ou dans le [*Règlement sur l'emploi dans la fonction publique*, DORS/2005-334] n'oblige un administrateur général à utiliser un processus de sélection en particulier selon qu'il s'agisse d'un poste nouveau ou d'un poste reclassifié. Au contraire, l'article 33 de la *LEFP* indique clairement que l'administrateur général dispose du pouvoir discrétionnaire nécessaire lui permettant de décider s'il utilisera un processus de nomination annoncé ou un processus de nomination non annoncé. [par. 65]

[7] Cet énoncé, qui n'a pas été attaqué au motif qu'il serait déraisonnable, était suffisant pour trancher la plainte de M. Kane, et il n'était donc pas

consider whether the PM-06 position was a new position. The question of whether the PM-06 position was a new position or a reclassification of an old position was not relevant to the ultimate issue, and had no effect on the reasonableness of the decision of the Tribunal.

[8] Second, the majority assessed the decision of the Tribunal against a claim that Mr. Kane did not make. Mr. Kane assumed throughout his complaint that if he could establish that the PM-06 position was reclassified, he would be *entitled* to a non-advertised process. Relying on guidelines that had been established under the old Act (R.S.C. 1985, c. P-33) and on past practice in Newfoundland and Labrador, Mr. Kane contended that if the position was reclassified it was no longer open to his employer to use an advertised process. He identified the abuse of authority as the “erroneous interpretation of the facts against the employer’s own reclassification guidelines” (A.R., vol. I, at p. 101 (emphasis added)). In making this argument, Mr. Kane brought evidence which established that his employer assumed the position was new. He never tried to establish that this was the “principal justification” for that decision; his argument did not require him to do so. On his view, if the position was reclassified, no matter what other reasons the employer might have had for preferring an advertised process, he was owed a non-advertised process. The Tribunal responded to this complaint by finding that, given the broad discretion accorded to employers under s. 33 of the *PSEA*, Mr. Kane was wrong to argue that he was entitled to any particular process. It found that the guidelines referred to by Mr. Kane were made under the old Act and therefore no longer applied. In our view, Mr. Kane was seeking to restrict the discretion of his employer in a way that does not accord with the purposes or wording of the new Act. It was not unreasonable for the Tribunal to reject this position.

nécessaire de se demander si le poste PM-06 était nouveau. La question de savoir si le poste était nouveau ou résultait de la reclassification d’un ancien poste n’était pas pertinente pour statuer sur la question ultime et n’a aucunement affecté le caractère raisonnable de la décision du Tribunal.

[8] Deuxièmement, les juges majoritaires ont évalué la décision du Tribunal à la lumière d’un argument que n’avait pas soulevé M. Kane. À chaque étape de l’instance, ce dernier a tenu pour acquis que s’il réussissait à démontrer que le poste PM-06 résultait d’une reclassification, il aurait *droit* à la tenue d’un processus de nomination non annoncé. Se fondant sur les lignes directrices établies sous le régime de l’ancienne loi (L.R.C. 1985, ch. P-33) et sur la pratique suivie jusque-là à Terre-Neuve-et-Labrador, M. Kane a fait valoir que, si le poste résultait d’une reclassification, son employeur n’était pas libre d’opter pour un processus annoncé. Selon M. Kane, l’abus de pouvoir découlait d’une [TRADUCTION] « interprétation erronée des faits, qui allait à l’encontre des propres lignes directrices de l’employeur en matière de reclassification » (d.a., vol. I, p. 101 (nous soulignons)). Au soutien de cet argument, M. Kane a présenté des éléments de preuve démontrant que son employeur considérerait que le poste était nouveau. Monsieur Kane n’a jamais tenté établir qu’il s’agissait là de la « principale raison » ayant motivé la décision; sa thèse n’exigeait pas qu’il le fasse. À son avis, si le poste résultait d’une reclassification, il avait droit à la tenue d’un processus non annoncé, peu importe les raisons que pouvait avoir l’employeur de préférer un processus annoncé. Le Tribunal a tranché la plainte en concluant que, vu le vaste pouvoir discrétionnaire que l’art. 33 de la *LEFP* confère aux employeurs, M. Kane avait tort de prétendre avoir droit à un processus en particulier. Le Tribunal a jugé que les lignes directrices invoquées par M. Kane avaient été établies sous le régime de l’ancienne loi et ne s’appliquaient donc plus. À notre avis, M. Kane plaidait en faveur d’une restriction du pouvoir discrétionnaire de l’employeur qui ne concorde ni avec les objectifs de la nouvelle loi ni avec le texte de celle-ci. Le Tribunal n’a pas agi déraisonnablement en rejetant cet argument.

[9] Third, the decision to send this case back to the Tribunal was based on the majority's reading of the record to the effect that the newness of the PM-06 position was the "principal justification" for the employer's decision. The Tribunal noted that s. 33 of the *PSEA* gives the employer broad discretion with respect to the choice of an appointment process, which includes the discretion to advertise simply because it thinks that more people should have the opportunity to compete for a given position. The employer presented evidence before the Tribunal that the Regional Management Board decided to advertise the position "in order to have a fair, accessible and transparent process to allow more than one person to apply, especially since this was a new position at a higher level" (para. 28). However, the Tribunal made no finding as to what the employer's "principal justification" may have been. Respectfully, the majority of the Federal Court of Appeal erred by effectively undertaking its own assessment of the record and attributing to the employer a "principal justification" for its decision that the Tribunal did not find. It was not appropriate for the Federal Court of Appeal, on a judicial review, to intervene in the Tribunal's decision to this extent.

[10] Finally, we respectfully disagree with the majority's conclusion that the Tribunal acted unreasonably by failing to give Mr. Kane the opportunity to show that there was "no rational basis" for the employer's position that the PM-06 position was new. Even accepting (without deciding) that the majority was correct to think that a discretionary decision based on an irrational finding of material fact would constitute an abuse of authority, there was no realistic possibility on this record that the Tribunal could find any such irrational finding of material fact in this case. At the very least, any reasonable reading of the record shows that whether this position was new or reclassified could be the

[9] Troisièmement, la décision de renvoyer l'affaire au Tribunal découlait de la conclusion tirée par les juges majoritaires, à la lumière du dossier, selon laquelle le fait que le poste PM-06 était nouveau constituait la « principale raison » justifiant la décision de l'employeur. Le Tribunal a souligné que l'art. 33 de la *LEFP* confère à l'employeur un vaste pouvoir discrétionnaire dans le choix du processus de nomination, notamment la faculté de recourir à un processus annoncé simplement parce que plusieurs personnes devraient avoir la possibilité de présenter leur candidature à un poste. Selon la preuve déposée par l'employeur devant le Tribunal, le Comité régional de gestion a opté pour un processus annoncé « afin que le processus soit juste, accessible et transparent et ce, dans le but de permettre à plus d'une personne de présenter leur candidature, surtout parce qu'il s'agit d'un nouveau poste à un niveau supérieur » (par. 28). Cependant, le Tribunal n'a tiré aucune conclusion sur ce qu'a pu être la « principale raison » de l'employeur pour agir comme il l'a fait. En toute déférence, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont commis une erreur en se livrant concrètement à leur propre évaluation du dossier et en déterminant quelle était la « principale raison » à l'origine de la décision de l'employeur, alors que le Tribunal n'avait pas tiré de conclusion à cet égard. Il ne convenait pas que la Cour d'appel fédérale modifie de la sorte la décision du Tribunal dans le cadre du contrôle judiciaire.

[10] Enfin, nous ne pouvons souscrire à la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le Tribunal aurait agi de manière déraisonnable en niant à M. Kane la possibilité de démontrer qu'il n'existait aucun fondement rationnel justifiant l'employeur de considérer que le poste PM-06 était nouveau. À supposer (sans pour autant décider) que les juges majoritaires ont eu raison de conclure qu'une décision découlant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et reposant sur une conclusion irrationnelle concernant un fait important constitue un abus de pouvoir, nous estimons, à la lecture du dossier, qu'il n'existait aucune possibilité véritable que le Tribunal trouve une conclusion de fait

subject of reasonable disagreement by reasonable people.

[11] The appeal is allowed with costs and the decision of the Tribunal is affirmed.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Ottawa and Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

irrationnelle en l'espèce. À tout le moins, il ressort d'une interprétation raisonnable du dossier que la question de savoir s'il s'agissait d'un poste nouveau ou reclassifié était susceptible de susciter un désaccord raisonnable parmi des gens raisonnables.

[11] L'appel est accueilli avec dépens et la décision du Tribunal est confirmée.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Ottawa et Montréal.*

*Procureurs de l'intimé : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

**Construction Labour Relations – An Alberta Association** *Appellant*

v.

**Driver Iron Inc., International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Ironworkers, Local Union No. 720 and Alberta Labour Relations Board** *Respondents*

**INDEXED AS: CONSTRUCTION LABOUR RELATIONS v. DRIVER IRON INC.**

**2012 SCC 65**

File No.: 34205.

2012: November 15; 2012: November 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Administrative law — Judicial review — Adequacy of reasons — Board declaring that Driver Iron was employer pursuant to Labour Relations Code and was bound by collective agreements between employers' association and union — Court of Appeal erred in finding that Board had failed to give proper consideration to interplay between provisions of Code — Board not having to consider and comment upon every issue raised by parties — Board's decision, viewed as whole in context of record, was reasonable.*

*Held:* The appeal should be allowed.

**Cases Cited**

**Referred to:** *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708.

**Statutes and Regulations Cited**

*Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, ss. 176(1)(b), (2), 178.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Hunt, Berger and Costigan JJ.A.),

**Construction Labour Relations – An Alberta Association** *Appelante*

c.

**Driver Iron Inc., Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 720 et Alberta Labour Relations Board** *Intimées*

**RÉPERTORIÉ : CONSTRUCTION LABOUR RELATIONS c. DRIVER IRON INC.**

**2012 CSC 65**

N° du greffe : 34205.

2012 : 15 novembre; 2012 : 29 novembre.

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

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

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Suffisance des motifs — Commission déclarant que Driver Iron était un employeur selon le Labour Relations Code et qu'elle était liée par les conventions collectives entre l'association d'employeurs et le syndicat — La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la Commission n'avait pas accordé suffisamment d'attention à l'interaction entre les dispositions du Code — La Commission n'était pas tenue d'examiner et de commenter chaque argument soulevé par les parties — La décision de la Commission, considérée dans son ensemble, à la lumière du dossier, était raisonnable.*

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

**Jurisprudence**

**Arrêt mentionné :** *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708.

**Lois et règlements cités**

*Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, ch. L-1, art. 176(1)(b), (2), 178.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Hunt, Berger et Costigan),

2011 ABCA 55, 502 A.R. 229, 517 W.A.C. 229, 21 Admin. L.R. (5th) 1, 191 C.L.R.B.R. (2d) 1, [2011] Alta. L.R.B.R. 183, 2012 CLLC ¶220-011, [2011] A.J. No. 155 (QL), 2011 CarswellAlta 165, setting aside a decision of Gill J., 2009 ABQB 604, 491 A.R. 14, 1 Admin. L.R. (5th) 305, 174 C.L.R.B.R. (2d) 1, [2009] Alta. L.R.B.R. 349, [2009] A.J. No. 1182 (QL), 2009 CarswellAlta 1687, dismissing an application for judicial review from a decision of the Alberta Labour Relations Board, 164 C.L.R.B.R. (2d) 213, [2009] Alta. L.R.B.R. 26, [2009] A.L.R.B.D. No. 3 (QL), 2009 CarswellAlta 46. Appeal allowed.

*Kent H. Davidson, Q.C., Monique Petrin Nicholson and Gordon Nekolaichuk*, for the appellant.

*Peter A. Gall, Q.C., Joana Thackeray, Jennifer Klinck and Andrea Zwack*, for the respondent Driver Iron Inc.

*Joanna Gislason, Gary Caroline and Lyndsay Watson*, for the respondent the International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Ironworkers, Local Union No. 720.

*Shawn W. McLeod*, for the respondent the Alberta Labour Relations Board.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — Construction Labour Relations – An Alberta Association appeals from a judgment of the Alberta Court of Appeal that allowed an appeal from a judgment dismissing an application for judicial review. In so doing, the Court of Appeal quashed a decision of the Alberta Labour Relations Board and remitted to the Board complaints alleging breaches of the *Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, that the Board had allowed in part in a decision dated January 8, 2009.

[2] The appeal is well founded. The Board considered the relevant provisions of the *Code* and the facts presented to it by the parties. Its interpretation of the *Code* and its conclusions were reasonable. Its decision was entitled to deference. The Court of

2011 ABCA 55, 502 A.R. 229, 517 W.A.C. 229, 21 Admin. L.R. (5th) 1, 191 C.L.R.B.R. (2d) 1, [2011] Alta. L.R.B.R. 183, 2012 CLLC ¶220-011, [2011] A.J. No. 155 (QL), 2011 CarswellAlta 165, qui a infirmé une décision du juge Gill, 2009 ABQB 604, 491 A.R. 14, 1 Admin. L.R. (5th) 305, 174 C.L.R.B.R. (2d) 1, [2009] Alta. L.R.B.R. 349, [2009] A.J. No. 1182 (QL), 2009 CarswellAlta 1687, ayant rejeté une demande de contrôle judiciaire d'une décision de l'Alberta Labour Relations Board, 164 C.L.R.B.R. (2d) 213, [2009] Alta. L.R.B.R. 26, [2009] A.L.R.B.D. No. 3 (QL), 2009 CarswellAlta 46. Pourvoi accueilli.

*Kent H. Davidson, c.r., Monique Petrin Nicholson et Gordon Nekolaichuk*, pour l'appelante.

*Peter A. Gall, c.r., Joana Thackeray, Jennifer Klinck et Andrea Zwack*, pour l'intimée Driver Iron Inc.

*Joanna Gislason, Gary Caroline et Lyndsay Watson*, pour l'intimée l'Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 720.

*Shawn W. McLeod*, pour l'intimée Alberta Labour Relations Board.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — La Construction Labour Relations – An Alberta Association se pourvoit contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta qui a accueilli l'appel d'un jugement rejetant une demande de contrôle judiciaire. Ce faisant, la Cour d'appel a annulé une décision de l'Alberta Labour Relations Board (« Commission ») et renvoyé pour réexamen à la Commission des plaintes pour manquements au *Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, ch. L-1, que celle-ci avait accueillies en partie dans une décision rendue le 8 janvier 2009.

[2] Le pourvoi est bien fondé. La Commission a pris en compte les dispositions pertinentes du *Code* et les faits que les parties lui ont présentés. Son interprétation du *Code* et ses conclusions étaient raisonnables. Sa décision commandait la déférence.



Appeal had no valid grounds to review and quash the decision. The court focused on an assertion that the Board had failed to give proper consideration to the interplay between ss. 176(1)(b) and 178 of the *Code* and to the different meanings that could be ascribed to these provisions and to s. 176(2).

[3] The Board did not have to explicitly address all possible shades of meaning of these provisions. This Court has strongly emphasized that administrative tribunals do not have to consider and comment upon every issue raised by the parties in their reasons. For reviewing courts, the issue remains whether the decision, viewed as a whole in the context of the record, is reasonable (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708).

[4] For these reasons, the appeal is allowed, the judgment of the Alberta Court of Appeal is set aside and the judgment of the Court of Queen's Bench is restored, with costs to the appellant.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Miller Thomson, Edmonton.*

*Solicitors for the respondent Driver Iron Inc.: Heenan Blaikie, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent the International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Ironworkers, Local Union No. 720: Caroline & Gislason, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent the Alberta Labour Relations Board: Alberta Labour Relations Board, Edmonton.*

La Cour d'appel ne disposait d'aucun motif valable pour exercer son pouvoir de contrôle et annuler la décision. Elle a centré son examen sur la prétention que la Commission n'avait pas accordé suffisamment d'attention à l'interaction entre l'al. 176(1)b) et l'art. 178 du *Code* et aux interprétations possibles de ces dispositions et du par. 176(2).

[3] La Commission n'était pas tenue de traiter expressément de toutes les interprétations possibles de ces dispositions. Notre Cour a insisté sur le fait qu'un tribunal administratif n'a pas l'obligation d'examiner et de commenter dans ses motifs chaque argument soulevé par les parties. La question que doit trancher le tribunal judiciaire siégeant en révision demeure celle de savoir si la décision attaquée, considérée dans son ensemble, à la lumière du dossier, est raisonnable (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708).

[4] Pour ces motifs, l'appel est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta est annulé et le jugement de la Cour du Banc de la Reine est rétabli, avec dépens en faveur de l'appelante.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Miller Thomson, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimée Driver Iron Inc. : Heenan Blaikie, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée l'Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 720 : Caroline & Gislason, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée Alberta Labour Relations Board : Alberta Labour Relations Board, Edmonton.*

**Brendan David Aucoin** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario** *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. AUCOIN**

**2012 SCC 66**

File No.: 34349.

2012: May 16; 2012: November 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Accused stopped for minor motor vehicle regulatory offence — Police officer conducting pat-down search of accused as a prelude to detention in police vehicle — Police officer discovering drugs in accused's pockets as a consequence of pat-down search — Whether detention of accused was unlawful — Whether pat-down search was unreasonable — Whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2).*

Late one night, A was stopped by a police officer because the licence plate on the vehicle he was driving was registered to a different vehicle. A failed a roadside screening test and the officer decided to impound his vehicle and issue him a ticket pursuant to the *Motor Vehicle Act*. Fearing that A might disappear into the nearby crowd, the officer decided to secure A in the rear of his police cruiser while completing the paper work. The officer first conducted a pat-down search, after asking for and receiving A's permission. The officer felt something soft in A's pocket and, when asked what it was, A said that it was ecstasy. A was arrested and searched further. The officer found cocaine and pills in his pocket. The trial judge held that the search did not violate s. 8 of the *Charter* and the seized evidence was admissible. A was convicted for possession of cocaine for the purpose of trafficking. His

**Brendan David Aucoin** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : R. c. AUCOIN**

**2012 CSC 66**

N° du greffe : 34349.

2012 : 16 mai; 2012 : 30 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Accusé intercepté pour une infraction mineure au code de la route — Fouille par palpation de l'accusé par le policier avant que l'accusé soit détenu dans la voiture de police — Drogue découverte dans les poches de l'accusé au cours de la fouille par palpation — La détention de l'accusé était-elle légale? — La fouille par palpation était-elle abusive? — L'admission de la drogue en preuve déconsidérerait-elle l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2).*

Tard le soir, un policier a intercepté A parce que la plaque d'immatriculation du véhicule qu'il conduisait correspondait à un autre véhicule. A a échoué un test de détection routier et l'agent a décidé de faire remorquer le véhicule à la fourrière et de lui donner une contravention pour une infraction à la *Motor Vehicle Act*. Craignant que A puisse se fondre dans la foule tout près, le policier a décidé de le confiner sur la banquette arrière de la voiture de police pendant qu'il remplissait la contravention. Le policier a d'abord effectué une fouille par palpation après avoir demandé, et obtenu, la permission de A. L'agent a senti la présence de quelque chose de mou dans la poche du pantalon de A et lorsqu'il lui a demandé ce que c'était, A a répondu que c'était de l'ecstasy. A a été arrêté et fouillé davantage. Le policier a trouvé dans ses poches de la cocaïne et des pilules. La juge du procès a statué que la fouille

appeal was dismissed by a majority of the Court of Appeal.

*Held* (LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis JJ.: A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable. Because the pat-down search was a prelude to securing A in the cruiser, the question that arises is whether detaining A in this manner was reasonably necessary in the totality of the circumstances. The question is not whether the officer had the authority to detain the appellant in the rear of the cruiser, but whether he was justified in exercising it as he did in the circumstances of this case. The problem here arises from the shift in the nature and extent of A's detention that flowed from the police officer's decision to secure A in the rear of his cruiser while he wrote up the ticket for the motor vehicle infractions. Those factors altered the nature and extent of A's detention in a fairly dramatic way, especially when one considers that the infractions for which he was being detained consisted of two minor motor vehicle infractions. The question is whether there were other reasonable means by which the officer could have addressed his concern about A disappearing into the crowd. The officer's actions, though carried out in good faith, were not reasonably necessary. Because A's detention in the back of the cruiser would have been unlawful, it cannot constitute the requisite basis in law to authorize the warrantless pat-down search.

Nonetheless, the cocaine found on A was admissible into evidence under s. 24(2) of the *Charter*. There were unusual circumstances that prompted the police officer's conduct in this case and he acted in good faith. He attempted throughout to respect A's rights. He was not searching for evidence. The search was for reasons of officer safety and A's safety. These factors attenuate the seriousness of the breach. Moreover, the law surrounding police policies in the detention context is still evolving. Where the police act in good faith and without deliberate disregard for or ignorance of *Charter* rights, as was the case here, the seriousness of the breach may be attenuated.

*Per* LeBel and Fish JJ. (dissenting): The police did not have the authority to detain A in the police car in the circumstances. The detention was unlawful and therefore arbitrary. The test, as in the case of any common

ne dérogeait pas à l'art. 8 de la *Charte* et que la drogue saisie était admissible en preuve. A a été déclaré coupable de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. La Cour d'appel à la majorité a rejeté son appel.

*Arrêt* (les juges LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver, et Karakatsanis : Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive. Puisque la fouille par palpation était préalable au confinement de A dans le véhicule de police, la question qui se pose est de savoir si la détention de A de cette manière était raisonnablement nécessaire compte tenu de l'ensemble des circonstances. La question n'est pas de savoir si le policier avait le pouvoir de détenir l'appelant à l'arrière du véhicule de police, mais s'il était justifié d'exercer ce pouvoir comme il l'a fait dans les circonstances de l'espèce. Ce qui pose problème en l'espèce est que la décision de l'agent de confiner A à l'arrière de la voiture de police pendant qu'il rédigeait la contravention pour les infractions routières a modifié la nature et la portée de la détention. Ces facteurs ont modifié de façon assez radicale la nature et la portée de la détention de A, en particulier si l'on considère que les infractions motivant la détention consistaient en deux contraventions routières bénignes. Il faut se demander si l'agent disposait d'autres moyens raisonnables pour empêcher que ne se matérialise sa crainte de voir A se fondre dans la foule. Les mesures prises par l'agent, bien qu'il ait été de bonne foi, n'étaient pas raisonnablement nécessaires. Parce que la détention de A à l'arrière de la voiture de police aurait été illégale, elle ne saurait fonder en droit une fouille par palpation sans mandat.

Néanmoins, la cocaïne trouvée sur A était admissible en preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Des circonstances inhabituelles ont dicté la conduite du policier en l'espèce et il a agi de bonne foi. Il s'est efforcé du début à la fin de respecter les droits de A. Il n'était pas à la recherche d'éléments de preuve. Il a procédé à la fouille pour des raisons de sécurité, la sienne propre et celle de A. Ces facteurs atténuent la gravité de l'atteinte aux droits de A. En outre, le droit régissant les pratiques policières en cas de détention est toujours en évolution. Lorsque les policiers agissent de bonne foi, sans mépris flagrant ou méconnaissance des droits garantis par la *Charte*, comme en l'espèce, la gravité de la violation s'en trouve atténuée.

*Les juges* LeBel et Fish (dissidents) : Dans les circonstances, le policier ne disposait pas du pouvoir de détenir A dans la voiture de police. La détention était illégale et, partant, elle était arbitraire. Comme pour les

law power, is whether the detention was reasonably necessary on an objective view of the totality of the circumstances. A court must consider the importance of the duty being performed, the nature of the liberty being interfered with and the extent of the interference, and must seek to strike a proper balance between the competing interests. This necessarily entails a consideration of whether a less intrusive means of fulfilling the duty existed. In this case, less intrusive alternatives existed. In these circumstances, it was not reasonably necessary to detain A in the rear seat of the police car.

The pat-down search was incident to the detention and therefore also unlawful and unreasonable. Warrantless searches are presumed to be unreasonable unless the Crown can demonstrate on a balance of probabilities that the search was authorized by a reasonable law and carried out in a reasonable manner. Although the trial judge found that the officer was searching for weapons, she failed to consider whether there were reasonable grounds for the search or whether the search was appropriately confined in scope. There is no evidence of a reasonable subjective belief that officer safety or the safety of others was at risk.

The conduct at issue in this case was serious. The officer acted in ignorance of, or with wilful disregard for, well-established *Charter* standards for police conduct. A reasonably had a high expectation of privacy in respect of the contents of his pockets. The search had a significant impact on his privacy interest and, because the evidence would not have been discovered but for the illegal search, it is considerably intrusive. The detention was arbitrary and therefore also impacted A's liberty interest. Nor was he informed of his right to counsel, therefore the search had an impact upon his right to be protected against self-incrimination. Although there is no doubt that, in this case, truth-seeking would be better served by the admission of the evidence, on balance, admitting the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

### Cases Cited

By Moldaver J.

**Applied:** *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; **referred to:** *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34.

autres pouvoirs de common law, le critère applicable consiste à déterminer si la détention était raisonnablement nécessaire suivant une considération objective de l'ensemble des circonstances. Le tribunal doit prendre en compte l'importance du devoir du policier, la nature de la liberté entravée, ainsi que l'étendue de l'atteinte à cette dernière, et il doit tenter d'établir un juste équilibre entre les intérêts opposés en présence. Il est nécessairement appelé à déterminer s'il existe un moyen moins attentatoire d'accomplir le devoir. En l'espèce, des solutions moins attentatoires existaient. Dans ces circonstances, il n'était pas raisonnablement nécessaire de détenir A à l'arrière de la voiture de police.

La fouille par palpation était accessoire à la détention et par conséquent, elle était aussi illégale et abusive. Une fouille sans mandat est présumée abusive à moins que le ministère public ne démontre, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle était autorisée par une loi elle-même non abusive et qu'elle a été effectuée de manière non abusive. Bien que la juge du procès ait retenu le fait que le policier cherchait des armes, elle ne s'est pas demandé si la fouille était fondée sur des motifs raisonnables ou si elle se limitait à la recherche d'armes. Aucune preuve n'indique une crainte subjective raisonnable de l'agent à l'égard de sa sécurité ou de celle d'autrui.

En l'espèce, les gestes en cause étaient graves. Le policier a agi dans l'ignorance, ou dans le mépris délibéré, des normes bien établies régissant la conduite policière respectueuse de la *Charte*. Il était raisonnable que A ait des attentes élevées en matière de vie privée relativement au contenu des poches de ses vêtements. La fouille a eu une incidence importante sur son droit à la vie privée, et étant donné que la preuve n'aurait pu être découverte sans cette fouille illégale, cette dernière est considérablement attentatoire. La détention était arbitraire et a donc brimé le droit de A à la liberté. Il n'a pas été informé de son droit à un avocat et la fouille a donc brimé son droit de ne pas s'incriminer. Même s'il ne fait aucun doute qu'en l'espèce, l'admission de la preuve servirait mieux la recherche de la vérité, tout bien pesé, l'admission de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

### Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

**Arrêt appliqué :** *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; **arrêts mentionnés :** *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34.

By LeBel J. (dissenting)

*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Loewen*, 2011 SCC 21, [2011] 2 S.C.R. 167; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 9, 10(b), 24(2).  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, s. 5(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 691(1)(a).  
*Motor Vehicle Act*, R.S.N.S. 1989, c. 293, s. 100A(1).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Hamilton, Fichaud and Beveridge J.J.A.), 2011 NSCA 64, 306 N.S.R. (2d) 20, 968 A.P.R. 20, 86 C.R. (6th) 310, 239 C.R.R. (2d) 41, 273 C.C.C. (3d) 172, 15 M.V.R. (6th) 1, [2011] N.S.J. No. 380 (QL), 2011 CarswellNS 482, affirming the accused's conviction for possession of cocaine for the purpose of trafficking. Appeal dismissed, LeBel and Fish JJ. dissenting.

*Brian Vardigans and Roger A. Burrill*, for the appellant.

*David W. Scherbrucker and James C. Martin*, for the respondent.

*Jennifer M. Woollcombe and Emile Carrington*, for the intervener.

The judgment of Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis was delivered by

MOLDAVER J. —

#### I. Introduction

[1] This appeal concerns a police officer's authority to detain a motorist in the rear of his police

Citée par le juge LeBel (dissident)

*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Loewen*, 2011 CSC 21, [2011] 2 R.C.S. 167; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 9, 10(b), 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 691(1)a).  
*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2).  
*Motor Vehicle Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 293, art. 100A(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Hamilton, Fichaud et Beveridge), 2011 NSCA 64, 306 N.S.R. (2d) 20, 968 A.P.R. 20, 86 C.R. (6th) 310, 239 C.R.R. (2d) 41, 273 C.C.C. (3d) 172, 15 M.V.R. (6th) 1, [2011] N.S.J. No. 380 (QL), 2011 CarswellNS 482, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté, les juges LeBel et Fish sont dissidents.

*Brian Vardigans et Roger A. Burrill*, pour l'appelant.

*David W. Scherbrucker et James C. Martin*, pour l'intimée.

*Jennifer M. Woollcombe et Emile Carrington*, pour l'intervenant.

Version française du jugement des juges Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver et Karakatsanis rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

#### I. Introduction

[1] Le pourvoi concerne le pouvoir d'un policier de détenir un automobiliste à l'arrière de sa voiture

cruiser in the course of a roadside stop for a regulatory offence. The appellant, Brendan David Aucoin, was convicted of possession of cocaine for the purpose of trafficking after a pat-down search during the course of the roadside detention. His appeal to the Nova Scotia Court of Appeal was dismissed by a majority of the court. Mr. Aucoin appeals to this Court as of right. He seeks to have his conviction set aside and a verdict of acquittal entered on the basis that the search was unconstitutional.

## II. Background Facts

[2] At around midnight on May 31, 2008, Constable Burke, of the Kentville, Nova Scotia police service, stopped a car upon discovering that its licence plate was registered to a different vehicle. The appellant was the driver of the car and its sole occupant.

[3] While speaking to the appellant, Constable Burke noted a smell of alcohol on his breath. As a newly licensed driver, the appellant was prohibited under s. 100A(1) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.N.S. 1989, c. 293 (“MVA”), from having any alcohol in his system while driving. Constable Burke administered a roadside screening test which revealed 20 mg of alcohol per 100 mL of blood in the appellant’s system. Accordingly, Constable Burke decided to impound the appellant’s vehicle and issue him a ticket for contravening s. 100A(1) of the *MVA*.

[4] Because it was dark outside and the lighting was poor, Constable Burke chose to sit in the front seat of his cruiser to write out the ticket. There were a lot of people milling around and Constable Burke was concerned that the appellant might walk away and disappear if he were allowed to remain outside of the police vehicle.<sup>1</sup> Accordingly, Constable Burke decided to secure the appellant in the rear of his cruiser while completing the paper work.

<sup>1</sup> Although Constable Burke was accompanied that evening by a cadet, this was the cadet’s first on-the-job training assignment and he was unarmed. In Constable Burke’s opinion, the cadet would probably have “had no idea how to even work a radio” (A.R., vol. II, at p. 46).

de police après l’avoir arrêté sur le bord de la route pour une infraction pénale. L’appelant, Brendan David Aucoin, a été déclaré coupable de possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic par suite d’une fouille par palpation effectuée sur sa personne pendant cette détention. La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a rejeté son appel par décision majoritaire. Il se pourvoit de plein droit devant notre Cour et nous demande d’annuler la déclaration de culpabilité et d’inscrire un verdict d’acquiescement au motif que la fouille était inconstitutionnelle.

## II. Les faits

[2] Le 31 mai 2008 vers minuit, l’agent Burke, du service de police de Kentville (Nouvelle-Écosse) a intercepté une automobile après avoir découvert que la plaque d’immatriculation qu’elle portait correspondait à un autre véhicule. L’appelant était seul dans l’automobile qu’il conduisait.

[3] En parlant à l’appelant, l’agent Burke a remarqué que son haleine sentait l’alcool. Comme l’appelant était un nouveau conducteur, il était visé par l’interdiction de conduire après toute consommation d’alcool, prévue au par. 100A(1) de la *Motor Vehicle Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 293 (la « MVA »). L’agent Burke lui a fait subir un test de détection routier qui a indiqué une alcoolémie de 20 mg d’alcool par 100 ml de sang. Il a donc décidé de faire remorquer le véhicule à la fourrière et de donner à l’appelant une contravention pour avoir enfreint le par. 100A(1) de la *MVA*.

[4] Parce qu’il faisait nuit et que l’endroit était peu éclairé, l’agent Burke a décidé de s’installer sur le siège avant de la voiture de police pour dresser la contravention. Comme beaucoup de gens déambulaient autour, l’agent a craint que l’appelant puisse s’en aller et disparaître s’il le laissait à l’extérieur de la voiture de police<sup>1</sup>. Il a donc décidé de le confiner à l’arrière de la voiture de police pendant qu’il remplissait la contravention.

<sup>1</sup> Un cadet accompagnait l’agent Burke ce soir-là, mais il s’agissait de son premier stage en milieu de travail, et il n’était pas armé. Selon l’agent Burke, le cadet aurait probablement été [TRADUCTION] « incapable de même faire fonctionner la radio » (d.a., vol. II, p. 46).

[5] As a prelude to placing the appellant in the rear of his cruiser, Constable Burke sought and received permission from the appellant to do a pat-down search for safety reasons.

[6] In the course of the pat-down search, Constable Burke felt something square and hard in the left front pocket of the appellant's pants. He asked the appellant what it was and the appellant said it was his wallet. Constable Burke accepted that answer. Constable Burke then felt something soft in the appellant's right front pocket. He again asked what it was and the appellant replied that it was ecstasy.

[7] That response prompted the appellant's immediate arrest. A search of his right front pocket, incidental thereto, revealed eight bags containing cocaine and two bags containing 100 green pills. On testing, the pills turned out not to be ecstasy, nor did they contain any other illicit substance under the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.

[8] As Constable Burke was seizing the drugs from the appellant, two other police officers arrived on the scene in a separate police vehicle. No further drugs were found in the appellant's vehicle. A search of his wallet revealed \$250 in cash: 12 twenty-dollar bills and one ten-dollar bill. A further \$45 in cash was also found.

[9] The appellant was tried for possession of cocaine for the purpose of trafficking and possession for the purpose of trafficking in a drug held out to be ecstasy. He was acquitted on the latter charge and convicted on the former. His appeal to the Nova Scotia Court of Appeal was dismissed by a majority of the court (2011 NSCA 64, 306 N.S.R. (2d) 20).

[10] The appellant now appeals to this Court from his conviction on the cocaine charge. He submits that Constable Burke had no right in the circumstances to perform a pat-down search on him. That search, he claims, was unlawful and in violation of his right to be free from unreasonable search

[5] Avant de faire monter l'appellant à l'arrière du véhicule, l'agent Burke lui a demandé, et a obtenu, la permission de le fouiller par palpation pour des raisons de sécurité.

[6] En effectuant cette fouille, l'agent Burke a senti la présence d'un objet carré et dur dans la poche avant gauche du pantalon de l'appellant. Il lui a demandé ce que c'était, et l'appellant a répondu qu'il s'agissait de son portefeuille, réponse que l'agent Burke a acceptée. Puis l'agent a senti la présence de quelque chose de mou dans la poche avant droite et a reposé la même question; l'appellant a répondu que c'était de l'ecstasy.

[7] L'appellant a été arrêté sur-le-champ. Une fouille de la poche avant droite du pantalon de ce dernier, accessoire à l'arrestation, a permis à l'agent de trouver huit sacs de cocaïne et deux sacs renfermant 100 pilules vertes. Une analyse a révélé que ces pilules n'étaient pas de l'ecstasy et qu'elles ne renfermaient aucune autre substance interdite sous le régime de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19.

[8] Pendant que l'agent Burke procédait à la saisie de la drogue, deux autres agents sont arrivés sur les lieux, chacun dans leur voiture de police. Aucune autre drogue n'a été trouvée dans le véhicule de l'appellant. Son portefeuille a été fouillé, il contenait 250 \$ : 12 coupures de 20 \$ et une coupure de 10 \$. Également, 45 \$ en argent comptant ont été trouvés.

[9] L'appellant a subi un procès pour possession de cocaine en vue d'en faire le trafic et possession d'une substance tenue pour de l'ecstasy en vue d'en faire le trafic. Il a été déclaré coupable sur le premier chef d'accusation et acquitté sur le second. Il a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, mais il a été débouté par jugement majoritaire (2011 NSCA 64, 306 N.S.R. (2d) 20).

[10] L'appellant se pourvoit à présent devant notre Cour à l'encontre de la déclaration de culpabilité relative à l'accusation de trafic de cocaïne. Il soutient que l'agent Burke n'avait pas le droit de le fouiller par palpation dans les circonstances, que cette fouille était illégale et qu'elle a porté atteinte

and seizure under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He further argues that the s. 8 breach was serious and that the cocaine found in consequence should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

[11] For the reasons that follow, I am satisfied that the pat-down search was unreasonable in the circumstances and that it constituted a breach of the appellant's s. 8 *Charter* rights. That said, in view of the trial judge's findings of fact, I am satisfied that the breach was not sufficiently egregious to warrant the exclusion of the cocaine from evidence. Accordingly, I would dismiss the appeal.

### III. *Voir Dire* Ruling at Trial

[12] The appellant was tried by Judge C. MacDonald of the Nova Scotia Provincial Court. At the outset of the proceedings, the appellant moved to have the cocaine excluded from evidence under s. 24(2) of the *Charter*. He claimed that Constable Burke had violated his s. 8 rights when, without lawful authority, he performed a pat-down search on him. The trial judge conducted a *voir dire* to determine the issue and, after hearing evidence from Constable Burke, as well as other police officers and the appellant, she concluded that the impugned search was reasonable in the "very unusual circumstances at play" on the night in question (A.R., vol. I, at p. 14). Hence, she rejected the appellant's argument that his s. 8 rights had been breached and she dismissed his motion.

[13] In arriving at her findings of fact on the *voir dire*, the trial judge accepted Constable Burke's evidence over that of the appellant. No issue is taken with the trial judge's findings of fact. The debate centres on whether she applied the correct legal principles to those findings in determining that the appellant's s. 8 rights had not been violated.

[14] In her ruling on the *voir dire*, the trial judge expressed reservations about the authority of the police to secure an offender in the rear of a police

au droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il plaide en outre qu'il s'agissait d'une violation grave de l'art. 8 et qu'il aurait fallu, aux termes du par. 24(2) de la *Charte*, écarter de la preuve la cocaïne que cette fouille a permis de trouver.

[11] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la fouille par palpation était abusive dans les circonstances et qu'elle a porté atteinte au droit que l'art. 8 de la *Charte* garantit à l'appelant. Cela dit, compte tenu des conclusions de fait tirées par la juge du procès, j'estime que la violation n'était pas grave au point de justifier d'écarter la cocaïne de la preuve. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

### III. *Décision sur le voir-dire au procès*

[12] La juge C. MacDonald de la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse a présidé le procès. Au début de l'instruction, l'appelant a demandé que la cocaïne soit écartée de la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*, soutenant que l'agent Burke, en effectuant sans autorisation légitime une fouille par palpation sur sa personne, avait porté atteinte à son droit garanti par l'art. 8. La juge du procès a tenu un voir-dire en vue de trancher cette question et, après audition des témoignages de l'agent Burke, d'autres policiers et de l'appelant, elle a conclu que la fouille en cause était raisonnable compte tenu des [TRADUCTION] « circonstances très inhabituelles en jeu » ce soir-là (d.a., vol. I, p. 14). Elle n'a donc pas retenu l'argument de l'appelant relatif à la violation de ses droits garantis par l'art. 8, et elle a rejeté sa requête.

[13] Pour parvenir aux conclusions de fait qu'elle a tirées lors du voir-dire, la juge du procès a retenu le témoignage de l'agent Burke plutôt que celui de l'appelant. Ces conclusions de fait ne sont pas contestées. Le débat porte sur la question de savoir si elle a appliqué les bons principes juridiques pour déterminer que les droits garantis à l'appelant par l'art. 8 n'avaient pas été violés.

[14] Dans la décision rendue sur le voir-dire, la juge du procès a exprimé des réserves au sujet du pouvoir des policiers de confiner un délinquant à



cruiser — and to perform a pat-down search for safety reasons as a prelude to doing so — in the context of a routine motor vehicle infraction. She stated:

... I share the concerns that were raised by [counsel for the appellant] in his argument . . . . And he talked in terms of . . . people who, for example, are driving their motor vehicles and they're being stopped for whatever under the *Motor Vehicle Act*, he expressed the concern that these individuals could be requested to be seated in the back seat of a police car and then, before being placed in that police car, that they're going to be subjected to a search for weapons as a result of . . . failing to signal or something such as that. . . . I can understand those concerns. [A.R., vol. I, at p. 14]

[15] Mindful of those concerns, the trial judge was nevertheless satisfied that in the “very unusual circumstances at play” that night, Constable Burke’s actions were reasonable and did not infringe the appellant’s s. 8 rights.

[16] First, the trial judge noted that it was late at night when Constable Burke encountered the appellant. There was no natural lighting in the area and the only place where Constable Burke could write out the ticket was in his police car where he could see what he was doing.

[17] Second, the appellant was being ticketed for having alcohol in his system as a newly licensed driver and his car was going to be impounded. Hence, Constable Burke could not allow the appellant to “return to his own vehicle to await delivery of the ticket”. It would have been “inappropriate” and “arguably a continuation of the offence under Section 100 of the *Motor Vehicle Act*” (A.R., vol. I, at p. 15).

[18] Third, Kentville was celebrating the annual Apple Blossom Festival and there were many people around that night. Constable Burke was concerned that in the circumstances, had the appellant been left alone on the street, he “just could have walked off before getting the ticket” (A.R., vol. I, at p. 15).

l’arrière d’une voiture de police — et de procéder préalablement à une fouille par palpation pour des raisons de sécurité — dans le contexte d’une infraction routière courante. Elle a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . je partage les préoccupations que [l’avocat de l’appelant] a formulées dans sa plaidoirie [. . .] Et il a évoqué [. . .] l’exemple d’automobilistes interceptés pour un motif relevant de la *Motor Vehicle Act*, disant craindre qu’on puisse les obliger à prendre place sur la banquette arrière d’une voiture de police et qu’auparavant, on leur fasse subir une fouille pour établir s’ils ont des armes en leur possession, alors qu’ils ont [. . .] omis de mettre leur clignotant ou autre chose du même genre. [. . .] Je peux comprendre ces préoccupations. [d.a., vol. I, p. 14]

[15] Consciente de cette problématique, la juge du procès était néanmoins d’avis que, dans les [TRADUCTION] « circonstances très inhabituelles en jeu » ce soir-là, les mesures prises par l’agent Burke étaient raisonnables et n’avaient pas porté atteinte au droit de l’appelant garanti par l’art. 8.

[16] Premièrement, elle a indiqué que l’échange entre l’agent Burke et l’appelant s’est produit tard le soir, dans un endroit non éclairé, et que ce n’est que dans la voiture de police que l’agent pouvait voir ce qu’il faisait en rédigeant la contravention.

[17] Deuxièmement, l’appelant, un nouveau conducteur, recevait une contravention pour avoir conduit après avoir consommé de l’alcool et sa voiture allait être remorquée à la fourrière. L’agent ne pouvait donc pas permettre à l’appelant de [TRADUCTION] « retourner dans son véhicule pour attendre de se faire remettre la contravention », ce qui aurait été « inapproprié » et « aurait peut-être constitué la continuation de l’infraction prévue à l’art. 100 de la *Motor Vehicle Act* » (d.a., vol. I, p. 15).

[18] Troisièmement, le festival Apple Blossom, une célébration annuelle, battait son plein à Kentville, et beaucoup de gens se trouvaient aux alentours ce soir-là. L’agent Burke craignait alors que s’il laissait l’appelant à lui-même sur la voie publique, il [TRADUCTION] « aurait tout simplement pu s’en aller avant que la contravention lui soit remise » (d.a., vol. I, p. 15).

[19] According to the trial judge, in light of these “unusual factors”:

... it was reasonable for Constable Burke to request Mr. Aucoin to be seated in his police car while he was writing out the ticket. And it was also reasonable in all of the circumstances for Constable Burke to do the very quick pat-down search that he did, and the short conversation that he had with Mr. Aucoin before Mr. Aucoin was placed in the back seat of that vehicle. Officer[r] safety is a legitimate concern in this particular fact-situation. [A.R., vol. I, at p. 16]

[20] With respect to officer safety, Constable Burke testified that when he administered the roadside breath test to the appellant, the appellant was seated in the rear of his cruiser with the door open. His legs and feet were outside of the cruiser. In that situation, Constable Burke stated that officer safety was not a concern because he was facing the appellant and could monitor his movements. Placing the appellant in the rear of his cruiser, while he sat in the front seat to write up the ticket, was another matter. His back would have been exposed to the appellant, making it impossible for him to monitor the appellant’s movements. According to Constable Burke, this became “an officer-safety issue” because he had “no idea what an individual could have in his possession that could harm himself or harm me while my back is turned to him” (A.R., vol. II, at p. 18).

[21] Finally, Constable Burke testified — and the trial judge accepted his evidence — that in patting down the appellant, he was not looking for evidence (A.R., vol. I, at p. 9). He was solely concerned about his safety and the safety of the appellant.

IV. Nova Scotia Court of Appeal, 2011 NSCA 64, 306 N.S.R. (2d) 20

A. *Majority Opinion*

[22] Writing for herself and Fichaud J.A., Hamilton J.A. reviewed the record and determined that the trial judge had made no errors in her findings of fact. She further concluded that the trial

[19] Selon la juge du procès, compte tenu de ces [TRADUCTION] « facteurs inhabituels » :

[TRADUCTION] ... il était raisonnable que l’agent Burke demande à M. Aucoin de s’asseoir dans la voiture de police pendant qu’il dressait la contravention. Il était également raisonnable, compte tenu de l’ensemble des circonstances, qu’il procède à la très rapide fouille par palpation et qu’il ait avec M. Aucoin un bref échange avant de le faire monter à l’arrière du véhicule. La sécurité de l’agent constitue une préoccupation légitime dans ces circonstances particulières. [d.a., vol. I, p. 16]

[20] S’agissant de sa sécurité, l’agent Burke a indiqué dans son témoignage que lorsqu’il a fait subir l’alcooltest à l’appellant, ce dernier était assis à l’arrière de la voiture de police, dont la portière était ouverte, et qu’il avait les jambes et les pieds à l’extérieur du véhicule. L’agent a indiqué que dans cette situation, il n’y avait pas de problème pour sa propre sécurité parce qu’il faisait face à l’appellant et qu’il pouvait surveiller ses gestes. Si l’appellant était assis à l’arrière alors que lui se trouvait à l’avant en train de rédiger une contravention, il en allait autrement. Il aurait tourné le dos à l’appellant et se serait trouvé dans l’impossibilité de surveiller ses gestes. Selon l’agent Burke, il s’agissait d’une situation [TRADUCTION] « posant un problème de sécurité pour l’agent », parce qu’il « ignor[ait] totalement ce que l’individu [pouvait] avoir en sa possession et avec quoi il pourrait se blesser lui-même ou me blesser pendant que [j’avais] le dos tourné » (d.a., vol. II, p. 18).

[21] En dernier lieu, l’agent Burke a affirmé — et la juge a retenu son témoignage — qu’en effectuant la fouille par palpation, il n’était pas à la recherche d’éléments de preuve (d.a., vol. I, p. 9). Il voulait simplement assurer sa sécurité et celle de l’appellant.

IV. La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse, 2011 NSCA 64, 306 N.S.R. (2d) 20

A. *L’opinion des juges majoritaires*

[22] S’exprimant en son propre nom et en celui du juge Fichaud, la juge Hamilton a examiné le dossier et statué que les conclusions de fait de la juge du procès n’étaient pas entachées d’erreur et

judge applied the correct legal principles to those findings. In the result, she saw no reason to interfere with the trial judge's conclusion that the pat-down search was reasonable in the circumstances and that it did not infringe the appellant's s. 8 rights.

[23] In her reasons, Hamilton J.A. noted a disturbing comment made by Constable Burke in his testimony — something the trial judge had not specifically mentioned. In his testimony, Constable Burke stated that it was his usual practice to place persons involved in “alcohol-related” offences in the rear of his cruiser. It was “convenient” to do so. He could watch the person to ensure that “he doesn't walk away [or] re-enter his vehicle” (A.R., vol. II, at p. 48).

[24] While the trial judge did not find that Constable Burke was following his usual practice on the night in question, Hamilton J.A. noted that if he had been, the pat-down search of the appellant may have amounted to “a breach of s. 8 of the *Charter*” (para. 28). In this case however, Constable Burke's actions were to be viewed “in light of the particular circumstances he faced, not in the context of other fact situations that may arise” (para. 28).

#### B. *Dissenting Opinion*

[25] Justice Beveridge, dissenting, concluded that Constable Burke had violated the appellant's s. 8 rights. In his view, there was no objective basis for Constable Burke's subjective belief that the appellant might walk away; nor was Constable Burke justified in securing the appellant in the back seat of his cruiser. His doing so amounted to a *de facto* arrest of the appellant, for which he had no authority. Nor was Constable Burke empowered to conduct a pat-down search. He had no reason to believe that the appellant presented a safety risk.

[26] Even though the s. 8 breach was the only *Charter* issue argued at trial, Beveridge J.A. found

que la juge avait appliqué les bons principes juridiques à ces conclusions. En définitive, elle n'a trouvé aucune raison justifiant d'intervenir dans la conclusion de la juge du procès selon laquelle la fouille par palpation était raisonnable dans les circonstances et ne portait pas atteinte au droit garanti à l'appelant par l'art. 8.

[23] Dans ses motifs, la juge Hamilton a relevé un commentaire troublant fait par l'agent Burke dans son témoignage et que la juge du procès n'avait pas mentionné expressément. Dans son témoignage, l'agent Burke avait dit qu'il avait l'habitude d'installer les personnes impliquées dans des infractions [TRADUCTION] « liées à l'alcool » à l'arrière de la voiture de police, un procédé « pratique », selon lui. Il pouvait surveiller la personne afin qu'elle « ne parte pas [ou] ne retourne pas dans son véhicule » (d.a., vol. II, p. 48).

[24] La juge du procès n'avait pas relevé le fait que l'agent Burke suivait sa pratique habituelle le soir en question, mais la juge Hamilton a indiqué que, s'il l'avait fait, la fouille par palpation aurait pu constituer une [TRADUCTION] « violation de l'art. 8 de la *Charte* » (par. 28). Dans ce cas précis, toutefois, il fallait évaluer les mesures prises par l'agent Burke « en fonction des circonstances particulières dans lesquelles il se trouvait, non dans le contexte d'autres situations factuelles pouvant se poser » (par. 28).

#### B. *La dissidence*

[25] Le juge Beveridge, dissident, a estimé que l'agent Burke avait porté atteinte au droit garanti à l'appelant par l'art. 8. Selon lui, la croyance subjective de l'agent Burke que l'appelant pourrait s'en aller n'avait aucun fondement objectif et rien ne permettait à l'agent de confiner l'appelant à l'arrière de la voiture de police. Cette mesure équivalait à une arrestation *de facto* de l'appelant, ce que l'agent n'avait pas le pouvoir d'effectuer. Rien n'autorisait non plus l'agent Burke à procéder à une fouille par palpation. Il n'avait aucun motif de croire que l'appelant posait un risque pour la sécurité.

[26] Bien que la violation de l'art. 8 constituait la seule question relative à la *Charte* qui ait été

that the appellant's rights under s. 9 (unlawful detention) and s. 10(b) (right to counsel) had also been breached. Having found a violation of all three sections, he then conducted a s. 24(2) analysis.

[27] In Justice Beveridge's opinion, the s. 8 breach was serious, especially when considered alongside the s. 9 and s. 10(b) breaches that accompanied it. In his view, the actions of Constable Burke, while not abusive, were deliberate and arbitrary. Thus, it could not be said that he was acting in good faith.

[28] Turning to the *Charter*-protected interests of the appellant, Beveridge J.A. found that the impact on the appellant's rights to liberty and privacy was significant, although not egregious. Weighing those factors against society's interest in having the case tried on its merits, Beveridge J.A. found that in the long term, the admission of the cocaine into evidence would bring the administration of justice into disrepute. Accordingly, he found that the evidence should have been excluded.

[29] In the result, Beveridge J.A. would have allowed the appeal, set aside the conviction and entered a verdict of acquittal.

## V. Analysis

### A. *Section 8*

[30] In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278, a majority of the Court held that "[a] search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable." In this case, the Crown seeks to justify the pat-down search of the appellant as incidental to Constable Burke's decision to place the appellant in the back of the police cruiser. The question that arises, as I will explain, is whether securing the appellant in the cruiser — which would have fundamentally altered the nature of his ongoing detention — was reasonably necessary in the totality of the circumstances.

débatte au procès, le juge Beveridge a estimé qu'il y avait également eu atteinte aux droits garantis à l'appellant par l'art. 9 (protection contre la détention arbitraire) et par l'al. 10b) (droit à l'assistance d'un avocat). Concluant que les trois dispositions avaient été enfreintes, le juge a alors effectué l'analyse fondée sur le par. 24(2).

[27] Selon le juge Beveridge, la violation de l'art. 8 était grave, d'autant plus qu'elle s'accompagnait de la violation de l'art. 9 et de l'al. 10b). À son avis, bien qu'elle n'ait pas été abusive, la conduite de l'agent Burke était délibérée et arbitraire, ce qui empêchait de considérer qu'il agissait de bonne foi.

[28] Pour ce qui est des droits de l'appellant garantis par la *Charte*, le juge Beveridge a conclu que l'atteinte au droit à la liberté et à la protection de la vie privée, bien qu'importante, n'était pas tout à fait inacceptable. Soupesant ces facteurs par rapport à l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit instruite au fond, il a conclu que l'admission en preuve de la cocaïne aurait à long terme pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. Il aurait donc fallu, selon lui, écarter cet élément de preuve.

[29] En conséquence, le juge Beveridge aurait accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et inscrit un verdict d'acquiescement.

## V. Analyse

### A. *L'article 8*

[30] Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278, les juges majoritaires de notre Cour ont statué qu'une « fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive. » En l'espèce, le ministère public veut justifier la fouille par palpation en la présentant comme un exercice accessoire à la décision de l'agent Burke de faire monter l'appellant à l'arrière de la voiture de police. La question qui se pose alors, comme je l'expliquerai, est de savoir si la décision de confiner l'appellant dans la voiture de police, ce qui aurait fondamentalement modifié la nature de sa détention, était raisonnablement nécessaire compte tenu de l'ensemble des circonstances.

[31] At the outset, I wish to clarify that this is not a case about investigative detention. The trial judge used that term and was guided by this Court's decision in *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, as to the limited powers of search the police have available to them in such circumstances.

[32] In this case, to the extent that the appellant was detained, the reason for his detention was not investigatory. He was detained initially because the licence plate on his car was registered to a different vehicle. He was further detained when it became apparent that he had alcohol in his system in contravention of the "newly licensed driver" provision of the *MVA*.

[33] The appellant's detention for those infractions was perfectly lawful — and he does not suggest otherwise. But again, the basis for his detention was not investigatory, as that term is used in *Mann*. It was grounded in Constable Burke's belief that the appellant had violated two provisions of the *MVA*.

[34] The problem in this case arises from the shift in the nature and extent of the appellant's detention — and the asserted need to do a pat-down search as a prelude to it — that flowed from Constable Burke's decision to secure the appellant in the rear of his cruiser while he wrote up the ticket for the motor vehicle infractions. That decision carried with it increased restrictions on the appellant's liberty interests, and the added feature of an intrusion into his privacy interests. Those factors, in my view, altered the nature and extent of the appellant's detention in a fairly dramatic way — especially when one considers that the infractions for which he was being detained consisted of two relatively minor motor vehicle infractions.

[35] To be clear, I do not see this case as turning on whether Constable Burke had the *authority* to detain the appellant in the rear of his police cruiser, having lawfully stopped him for a regulatory infraction. Rather, the question is whether he was justified in *exercising it* as he did in the circumstances of this case.

[31] Je tiens d'abord à préciser que la présente espèce ne concerne pas la détention aux fins d'enquête. La juge du procès a employé cette expression et s'est reportée à notre arrêt *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, pour ce qui est des pouvoirs limités de procéder à une fouille que la police peut exercer dans de telles circonstances.

[32] En l'espèce, dans la mesure où l'appellant a été détenu, ce n'était pas pour des fins d'enquête. Il a d'abord été détenu parce que la plaque d'immatriculation de son automobile correspondait à un autre véhicule. La détention s'est poursuivie lorsque l'agent a constaté que l'appellant avait consommé de l'alcool et enfreint ainsi la disposition de la *MVA* applicable aux nouveaux conducteurs.

[33] La détention de l'appellant pour de telles infractions était tout à fait licite — et ce dernier ne prétend pas le contraire. Je le répète, toutefois, il ne s'agissait pas de détention aux fins d'enquête, au sens où cette expression est employée dans *Mann*. L'appellant a été détenu parce que l'agent Burke croyait qu'il avait enfreint deux dispositions de la *MVA*.

[34] Ce qui pose problème en l'espèce est que la décision de l'agent Burke de confiner l'appellant à l'arrière de la voiture de police pendant qu'il rédigeait la contravention pour les infractions routières a modifié la nature et la portée de la détention et a nécessité, selon lui, qu'une fouille par palpation préalable soit effectuée. Cette décision avait pour effet de restreindre davantage la liberté de l'appellant et ajoutait une atteinte à son droit à la protection de sa vie privée. Ces facteurs ont, à mon avis, modifié de façon assez radicale la nature et la portée de la détention — en particulier si l'on considère que les infractions motivant la détention consistaient en deux contraventions routières relativement bénignes.

[35] Par souci de clarté, je précise que la question qu'il faut trancher en l'espèce n'est pas de savoir si l'agent Burke disposait du *pouvoir* de détenir l'appellant à l'arrière de sa voiture de police après l'avoir intercepté légalement pour manquement à une loi. La question est plutôt de savoir si *l'exercice d'un tel pouvoir* se justifiait dans les circonstances.

[36] The existence of a general common law power to detain where it is reasonably necessary in the totality of the circumstances was settled in *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725. That case moved our jurisprudence from debating the existence of such a power to considering whether its exercise was reasonably necessary in the circumstances of a particular case. As Abella J., for the majority, observed:

The determination will focus on the nature of the situation, including the seriousness of the offence, as well as on the information known to the police about the suspect or the crime, and the extent to which the detention was reasonably responsive or tailored to these circumstances, including its geographic and temporal scope. This means balancing the seriousness of the risk to public or individual safety with the liberty interests of members of the public to determine whether, given the extent of the risk, the nature of the stop is no more intrusive of liberty interests than is reasonably necessary to address the risk. [Emphasis added; para. 31.]

[37] That brings me to what I consider to be the flaw in the trial judge's analysis in this case. Given the adverse impact that the decision to secure the appellant in the rear of the cruiser would have on his liberty and privacy interests, I am of the view that a more stringent test than the one applied by the trial judge was required to support her determination that Constable Burke's actions were lawful in the circumstances.

[38] Constable Burke knew that as a prelude to securing the appellant in the rear of his cruiser, he was going to do a pat-down search on him for reasons of officer safety and the appellant's safety. His reason for wanting to secure the appellant was to prevent the appellant from walking away and disappearing into the crowd. The trial judge accepted the officer's evidence in that regard. It was late at night, the street was crowded with people, and the appellant's vehicle was off-limits to him.

[39] Accepting, as the trial judge did, that Constable Burke was concerned about the appellant walking away, I am nonetheless of the view

[36] L'existence d'un pouvoir général de détention issu de la common law, lorsqu'il est raisonnablement nécessaire eu égard à l'ensemble des circonstances, a été établie dans l'arrêt *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725. Cette affaire a fait évoluer le débat, jusqu'alors axé sur l'existence ou l'inexistence d'un tel pouvoir, pour le faire porter sur la question de savoir si l'exercice d'un tel pouvoir est raisonnablement nécessaire dans les circonstances d'une espèce. Comme la juge Abella, s'exprimant au nom de la majorité, l'y fait observer :

L'examen tiendra compte de la nature de la situation, y compris la gravité de l'infraction, des renseignements sur le suspect ou sur le crime dont disposaient les policiers et de la mesure dans laquelle la détention était une mesure raisonnablement adaptée à ces éléments, notamment en ce qui a trait à l'emplacement et au moment. Il faut donc mettre en balance l'importance du risque pour la sécurité du public en général ou d'une personne en particulier avec le droit à la liberté des citoyens, pour déterminer si l'interception n'a porté atteinte à la liberté que dans la mesure raisonnablement nécessaire pour faire face au risque. [Je souligne; par. 31.]

[37] Cela m'amène au vice que je perçois dans l'analyse de la juge du procès en l'espèce. Compte tenu de l'effet préjudiciable que la décision de confiner l'appelant à l'arrière de la voiture de police avait sur ses droits à la liberté et à la protection de sa vie privée, j'estime qu'il fallait, pour étayer sa conclusion selon laquelle les mesures prises par l'agent Burke étaient légitimes dans les circonstances, recourir à un critère plus exigeant que celui qu'a appliqué la juge du procès.

[38] L'agent Burke savait qu'avant de confiner l'appelant à l'arrière de la voiture de police, il allait effectuer une fouille par palpation pour assurer sa sécurité et celle de l'appelant. Il voulait confiner l'appelant pour l'empêcher de s'en aller et se perdre dans la foule. La juge du procès a accepté la preuve de l'agent sur ce point. Il était tard le soir, il y avait beaucoup de monde dans la rue, et l'appelant ne pouvait plus regagner son véhicule.

[39] J'accepte, comme la juge du procès, que l'agent Burke craignait que l'appelant lui fasse compagnie. J'estime toutefois que dans le contexte

that in the context of this case, in order to justify securing the appellant in the back seat — knowing that this would also entail a pat-down search — detaining the appellant in that manner had to be reasonably necessary.<sup>2</sup> In other words, the question to be asked is whether there were other reasonable means by which Constable Burke could have addressed his concern about the appellant disappearing into the crowd, short of doing what he did. If there were other reasonable means to ensure the appellant would not flee the scene, then detaining him in the police cruiser could not be said to be reasonably necessary and would thus have constituted an unlawful detention within the meaning of s. 9 of the *Charter: Clayton*, at para. 20.

[40] Without wishing to second-guess the actions of the police and recognizing, as I do, that the police are often required to make split-second decisions in fluid and potentially dangerous situations, I am nonetheless of the view that Constable Burke's actions, though carried out in good faith, were not reasonably necessary.

[41] In fairness to the trial judge, she was not asked to consider the matter from that perspective. I believe, however, that had the trial judge applied the proper test, she would have found that the “necessity” component of it had not been met in the circumstances.

[42] In this regard, while there may be other examples, I note that two police officers arrived at the scene while the appellant was being searched by Constable Burke. That leads me to conclude that backup was close at hand, something Constable Burke could readily have ascertained. Had he done so, he could have waited an extra minute or two to do the paper work, without impinging on the appellant's right to be released from detention as soon as reasonably practicable.

---

2 Of itself, the increased restriction on the appellant's liberty interests by placing him in the rear of the police cruiser required a standard of reasonable necessity. On these facts, the accompanying pat-down search, which affected his privacy interests, amounted to an aggravating factor.

de cette affaire, pour qu'il ait été justifié de confiner l'appellant sur la banquette arrière de la voiture de police — sachant que cela supposait également une fouille par palpation — il fallait qu'une telle forme de détention de l'appellant soit raisonnablement nécessaire<sup>2</sup>. Autrement dit, il faut se demander si l'agent Burke disposait de moyens raisonnables autres que la détention pour empêcher que ne se matérialise sa crainte de voir l'appellant se fondre dans la foule. S'il existait d'autres moyens raisonnables de prévenir une fuite de l'appellant, on ne pourrait pas alors affirmer qu'il était raisonnablement nécessaire de le détenir dans la voiture de police, et cette détention aurait constitué une détention arbitraire au sens de l'art. 9 de la *Charte : Clayton*, par. 20.

[40] Sans critiquer après coup la conduite des policiers et reconnaissant que ceux-ci doivent souvent prendre des décisions instantanément dans des situations fluctuantes et potentiellement dangereuses, je suis toutefois d'avis que les mesures prises par l'agent Burke, bien qu'il ait été de bonne foi, n'étaient pas raisonnablement nécessaires.

[41] Je dois dire, en toute justice pour la juge du procès, que la question à trancher ne lui a pas été soumise en ces termes. Je crois toutefois que si elle avait appliqué le bon critère, elle aurait conclu que l'élément de « nécessité » faisait défaut dans les circonstances.

[42] Bien que d'autres exemples puissent exister, je relève à cet égard que deux policiers sont arrivés sur les lieux pendant que l'agent Burke fouillait l'appellant. J'en déduis que du renfort se trouvait à proximité, ce que l'agent aurait aisément pu vérifier. S'il l'avait fait, il aurait pu attendre quelques minutes de plus pour remplir les formalités sans empiéter sur le droit de l'appellant de reprendre sa liberté aussitôt que possible.

---

2 En elle-même, la restriction accrue à la liberté de l'appellant qui découle de la décision de le faire monter à l'arrière de la voiture de police devait respecter la norme de la nécessité raisonnable. Au vu du dossier, la fouille par palpation effectuée accessoirement, qui a porté atteinte au droit à la vie privée de l'appellant, constituait un facteur aggravant.

[43] I caution, however, that a different factual matrix may well have supported a finding of reasonable necessity. And where such a finding is made, I respectfully disagree with the minority view that “the balance will generally not favour” securing a detainee in the back of a police cruiser (para. 86). In the context of a straightforward motor vehicle infraction, I recognize that it will be the rare case in which it will be reasonably necessary to secure a motorist in the rear of a police cruiser. But where reasonable necessity exists, no further balancing is required.

[44] As it is, Constable Burke chose to secure the appellant in the rear of the cruiser and pat him down as a prelude to doing so. But for that decision, there would have been no pat-down search.<sup>3</sup> Because detaining the appellant in the back of the cruiser would have been an unlawful detention — given there were other reasonable means by which Constable Burke could have addressed his concern that the appellant might flee — it cannot constitute the requisite basis in law to support a warrantless search: *Collins*, at p. 278. Therefore, the pat-down search was unreasonable within the meaning of s. 8 and constituted a breach of the appellant’s *Charter* right against unreasonable search and seizure. With respect, the trial judge and the majority of the Court of Appeal erred in concluding otherwise.

3 In light of this fact, I need not consider, as the respondent has urged, whether a police officer may always — that is, even in the absence of any specific information of a potential threat to the officer or the detainee — conduct a pat-down search as a prelude to lawfully securing the detainee in the rear of a police cruiser (R.F., at paras. 20, 46 and 50-51). By the same token, had the decision to secure the appellant in the cruiser been lawful, I should not be taken as endorsing the minority’s view that the police required “reasonable grounds” to believe officer or detainee safety was at risk in order to pat him down (para. 39).

[43] Or, je tiens à signaler qu’un autre fondement factuel aurait pu mener à une conclusion de nécessité raisonnable. Et si telle conclusion s’imposait, je ne souscris pas à l’avis des juges minoritaires selon lequel « la balance ne penchera généralement pas en faveur » du confinement d’un détenu à l’arrière d’une voiture de police (par. 86). Dans le contexte d’une simple infraction au code de la route, je reconnais qu’il sera rarement raisonnablement nécessaire de confiner un automobiliste à l’arrière d’un véhicule de police. Mais lorsqu’existe une nécessité raisonnable, aucune autre mise en balance n’est exigée.

[44] Dans ce cas-ci, l’agent Burke a choisi de confiner l’appellant à l’arrière de la voiture de police et de le soumettre auparavant à une fouille par palpation. N’eût été cette décision, il n’y aurait pas eu de fouille par palpation<sup>3</sup>. Parce que la détention de l’appellant à l’arrière de la voiture de police aurait constitué une détention illégale — puisque l’agent Burke disposait d’autres moyens raisonnables d’empêcher l’appellant de déguerpir — la détention ne saurait fonder en droit une fouille sans mandat : *Collins*, p. 278. Par conséquent, la fouille par palpation était abusive au sens de l’art. 8 et constituait une atteinte au droit de l’appellant d’être protégé contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par la *Charte*. Avec égards, la conclusion contraire de la juge du procès et des juges majoritaires de la Cour d’appel est erronée.

3 À la lumière de ce fait, il n’est pas nécessaire que je me prononce, comme le demande l’intimée, sur la question de savoir si un agent de police dispose en tout temps du pouvoir d’effectuer une fouille par palpation avant de confiner légalement une personne détenue à l’arrière de la voiture de police, et ce, même si aucun élément ne révèle la possibilité d’une menace pour la sécurité de l’agent ou de la personne détenue (m.i., par. 20, 46 et 50-51). Dans le même ordre d’idées, si la décision de l’agent de confiner l’appellant dans la voiture de police avait été légitime, je ne voudrais pas donner l’impression de souscrire à l’opinion des juges minoritaires selon que la police doit avoir « des motifs raisonnables » de croire que la sécurité de l’agent ou du détenu est menacée pour procéder à une fouille par palpation (par. 39).



### B. *Section 24(2)*

[45] In light of the s. 8 breach, I turn to s. 24(2) to determine whether the cocaine found on the appellant should have been admitted into evidence. Having regard to the trial judge's findings of fact, which are not challenged on appeal, I am satisfied that the cocaine was properly admissible. Importantly, the trial judge believed Constable Burke and her findings implicitly reject the notion that Constable Burke was simply following his usual practice in alcohol-related offences of securing the offender in the rear of his cruiser as a matter of convenience.

[46] Manifestly, Constable Burke was mistaken about his authority to place the appellant in the rear of his cruiser. But in proceeding as he did, he was not acting in flagrant disregard of the appellant's *Charter* rights. On the contrary, the trial judge's findings make it clear that Constable Burke was attempting to respect those rights throughout. When conducting the roadside test, Constable Burke did not secure the appellant in the rear of the cruiser. Rather, he left the rear door open and allowed the appellant to sit with his feet and legs outside of the cruiser. Prior to conducting the pat-down search, Constable Burke asked for and received the appellant's permission. While the appellant's consent did not amount to a waiver, Constable Burke was not asked what he would have done had the appellant refused. When Constable Burke felt something firm in the appellant's left front pocket, he accepted the appellant's response that the object was a wallet. He did not place his hand inside the pocket to verify the response. As for the right pocket, Constable Burke testified that if the appellant had told him it was his medication, he would have accepted that response.

[47] Significantly, the trial judge found as a fact that Constable Burke was not searching for evidence when he conducted the pat-down search (A.R., vol. I, at p. 9). In other words, his request that the appellant be seated in the rear of the cruiser was not a ruse to search for incriminating evidence. On the contrary, the search was performed

### B. *Le paragraphe 24(2)*

[45] Puisqu'il y a eu violation de l'art. 8, il faut procéder à l'analyse fondée sur le par. 24(2) afin de déterminer s'il y avait lieu d'admettre en preuve la cocaïne trouvée sur l'appellant. Compte tenu des conclusions de fait de la juge du procès, qui ne sont pas contestées en appel, je suis d'avis que la cocaïne était admissible en preuve. Fait important, la juge du procès a ajouté foi au témoignage de l'agent Burke, et ses conclusions écartent implicitement l'idée que ce dernier procédait simplement comme à l'habitude dans les cas d'infractions liées à l'alcool en confinant par commodité le délinquant à l'arrière de sa voiture de police.

[46] Manifestement, l'agent Burke avait tort de croire qu'il pouvait installer l'appellant sur la banquette arrière de la voiture de police. Or, ce faisant, il n'a pas fait preuve de mépris flagrant pour les droits de l'appellant garantis par la *Charte*. Au contraire, la juge du procès a clairement conclu que l'agent Burke s'efforçait de respecter ces droits du début à la fin de son intervention. Il n'a pas confiné l'appellant à l'arrière de la voiture de police pour lui administrer l'alcootest; il a plutôt laissé la portière ouverte et a permis à l'appellant de s'asseoir sur la banquette avec les jambes et les pieds hors du véhicule. Il a demandé et obtenu l'autorisation de l'appellant avant de procéder à la fouille par palpation. Bien que le consentement de l'appellant ne vaille pas renonciation, on n'a pas demandé à l'agent ce qu'il aurait fait en cas de refus. Lorsque l'agent a palpé un objet dur dans la poche avant gauche de l'appellant, il a accepté la réponse de celui-ci qu'il s'agissait de son portefeuille. Il n'a pas glissé la main à l'intérieur pour s'en assurer. Pour ce qui est de ce qu'il a palpé dans la poche droite, l'agent a témoigné qu'il aurait accepté la réponse de l'appellant si ce dernier lui avait dit que c'était des médicaments.

[47] Il importe de signaler que la juge du procès a tiré la conclusion de fait que l'agent Burke n'était pas à la recherche d'éléments de preuve lorsqu'il a effectué la fouille par palpation (d.a., vol. I, p. 9). Autrement dit, en demandant à l'appellant de monter à l'arrière de la voiture de police, il n'employait pas une tactique pour obtenir des

for reasons of officer safety and the appellant's safety.

[48] Nor was Constable Burke simply following his usual practice for alcohol-related offenders. The trial judge assessed his conduct against the “very unusual circumstances at play” on the night in question (A.R., vol. I, at pp. 14-15). Had the trial judge found otherwise, the breach would have been much more serious and may well have warranted exclusion under s. 24(2).

[49] In the end, having regard to the trial judge's findings of fact, I am satisfied that Constable Burke was acting in good faith. His error was in not appreciating that the pat-down search would only be reasonable in the circumstances if it could be shown that it was reasonably necessary — in the sense that there were no other reasonable means available — to secure the appellant in the rear of the cruiser to address his concern that the appellant might walk away. But there was no intention on his part to misuse his powers; nor did he choose to ignore the appellant's *Charter* rights. These factors serve to attenuate the seriousness of the breach.

[50] Moreover, as the decisions of the trial judge and the majority of the Court of Appeal reveal, the law surrounding police powers in the detention context is still evolving. For that reason, in cases where the police act in good faith and without deliberate disregard for or ignorance of *Charter* rights — as was the case here — the seriousness of a breach may be attenuated. See *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 86.

[51] As for the impact of the search on the appellant's privacy rights, I accept that the impact was significant — but no more so than society's interest in having this case tried on the merits.

[52] Balancing the three factors identified by this Court in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R.

preuves incriminantes. Au contraire, il a procédé à la fouille pour des raisons de sécurité, la sienne propre et celle de l'appellant.

[48] L'agent Burke ne suivait pas non plus sa pratique habituelle en matière d'infractions liées à l'alcool. La juge du procès a évalué la conduite de l'agent en fonction des [TRADUCTION] « circonstances très inhabituelles en jeu » le soir en question (d.a., vol. I, p. 14-15). Si elle avait conclu autrement, la violation aurait été beaucoup plus grave et aurait bien pu justifier l'exclusion de la preuve en application du par. 24(2).

[49] En définitive, étant donné les conclusions de fait de la juge du procès, je suis convaincu que l'agent Burke a agi de bonne foi. Il a commis l'erreur de ne pas considérer que la fouille par palpation ne serait raisonnable, dans les circonstances, que s'il pouvait démontrer qu'elle était raisonnablement nécessaire — au sens où il n'existait pas d'autre moyen raisonnable — pour confiner l'appellant à l'arrière de la voiture de police en raison de sa crainte que ce dernier puisse s'en aller. Mais il n'avait nullement l'intention d'abuser de ses pouvoirs; il n'a pas non plus choisi de ne pas respecter les droits que la *Charte* garantit à l'appellant. Ces facteurs viennent atténuer la gravité de l'atteinte à ces droits.

[50] Qui plus est, comme le révèlent les décisions de la juge du procès et des juges majoritaires de la Cour d'appel, le droit régissant les pouvoirs de la police en cas de détention est toujours en évolution. C'est pourquoi, lorsque les policiers agissent de bonne foi, sans mépris flagrant ou méconnaissance des droits garantis par la *Charte* — comme en l'espèce — la gravité de la violation s'en trouve atténuée. Voir *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 86.

[51] Pour ce qui est de l'effet que la fouille a eu sur le droit à la protection de la vie privée de l'appellant, j'accepte qu'il était important — mais pas davantage que l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit instruite au fond.

[52] Après avoir soupesé les trois facteurs énumérés dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2

353, I am satisfied that the scales tip in favour of admission of the cocaine.

## VI. Conclusion

[53] The cocaine found on the appellant was properly admitted into evidence. Accordingly, I would dismiss the appeal.

The reasons of LeBel and Fish JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

### I. Overview

[54] In this appeal, the Court must once again consider the nature and scope of police powers. The appellant, Mr. Aucoin, was detained and searched after being pulled over for a motor vehicle infraction. As I will show in these reasons, the police did not have the authority to detain and search him in the circumstances. The question, therefore, is whether the evidence obtained as a result of the serious breach of Mr. Aucoin's constitutional rights, which occurred in the context of a very common regulatory offence, should be excluded. In my view, it should. I would therefore allow the appeal, exclude the evidence, and enter a verdict of acquittal.

### II. Facts

[55] On May 31, 2008, Constable Christopher Michael Burke was on patrol with Cadet Tyler Gerrard Lynk in Kentville, Nova Scotia. Around midnight, they stopped a black Chevrolet vehicle after noting a discrepancy concerning its licence plate. The driver of the vehicle was 19-year-old Brendan David Aucoin.

[56] Cst. Burke approached the vehicle and asked Mr. Aucoin for his licence, registration and insurance certificate. Cst. Burke testified that he could smell alcohol and that he accordingly asked Mr. Aucoin to get out of the vehicle and go to the police car to provide a breath sample. Mr. Aucoin sat in

R.C.S. 353, de notre Cour, je suis convaincu que la balance penche en faveur de l'admission en preuve de la cocaïne.

## VI. Conclusion

[53] La cocaïne trouvée sur l'appelant a été à bon droit admise en preuve. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges LeBel et Fish rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

### I. Aperçu

[54] Le présent pourvoi appelle une fois de plus la Cour à analyser la nature et la portée des pouvoirs de la police. L'appelant, M. Aucoin, a été détenu et fouillé à la suite de l'interception de son véhicule pour une infraction routière. Comme le démontrent les présents motifs, le policier ne disposait pas du pouvoir de détention et de fouille dans les circonstances. Il faut donc déterminer s'il y a lieu d'écarter les éléments de preuve obtenus par suite de l'atteinte grave aux droits constitutionnels de M. Aucoin découlant d'une infraction très courante. Selon moi, la preuve doit être écartée. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'écarter la preuve et d'inscrire un verdict d'acquiescement.

### II. Les faits

[55] Le 31 mai 2008, l'agent Christopher Michael Burke patrouillait en compagnie du cadet Tyler Gerrard Lynk à Kentville (Nouvelle-Écosse). Vers minuit, ils ont intercepté une Chevrolet noire conduite par Brendan David Aucoin, âgé de 19 ans, après avoir constaté une irrégularité concernant la plaque d'immatriculation.

[56] L'agent Burke s'est approché du véhicule et a demandé à voir le permis de conduire, le certificat d'immatriculation et la preuve d'assurance. Suivant le témoignage de l'agent, comme M. Aucoin sentait l'alcool, il lui a demandé de se rendre à la voiture de police pour fournir un échantillon d'haleine.

the rear seat of the police car with his feet outside the vehicle while Cst. Burke administered the breath test. The results showed 20 mg of alcohol in 100 mL of blood — well below the legal limit but in breach of the provincial zero-tolerance policy for newly licensed drivers (*Motor Vehicle Act*, R.S.N.S. 1989, c. 293, s. 100A(1)).

[57] It was dark, and Cst. Burke needed the police car's interior light to write out the ticket for the motor vehicle infraction. He decided to place Mr. Aucoin in the car's locked rear seat while he wrote out the ticket in the front seat. Before placing him in the rear seat, Cst. Burke performed a pat-down search for weapons.

[58] Cst. Burke felt a hard object in Mr. Aucoin's left front pocket and asked him what it was. Mr. Aucoin replied that it was his wallet. Cst. Burke continued the search and felt a soft object in Mr. Aucoin's right front pocket. He asked Mr. Aucoin what it was, and Mr. Aucoin replied that it was ecstasy. Cst. Burke placed Mr. Aucoin under arrest and retrieved two baggies containing pills and eight baggies containing a white powdered substance from Mr. Aucoin's pocket.

[59] The white powdered substance was later analyzed and determined to be cocaine. The pills were analyzed and determined to be a substance that was not listed in any schedule of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. Mr. Aucoin was charged under s. 5(2) of that Act with one count of possession of cocaine for the purpose of trafficking and one count of possession of a substance held out to be ecstasy for the purpose of trafficking.

[60] Mr. Aucoin filed a notice alleging that the pat-down search had violated his right, guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to be secure against unreasonable search and seizure. He asked that the drugs seized as a result of that search be excluded from evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. On

M. Aucoin a subi l'épreuve de l'alcootest assis sur la banquette arrière de la voiture de police, les pieds hors du véhicule. Le résultat du test a révélé une concentration de 20 mg d'alcool par 100 ml de sang — un rapport très en deçà de la limite permise par la loi, mais qui contrevenait néanmoins à la règle de sobriété absolue appliquée dans la province à l'égard des nouveaux conducteurs (*Motor Vehicle Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 293, par. 100A(1)).

[57] Il faisait nuit, et l'agent Burke avait besoin de l'éclairage intérieur de la voiture de police pour dresser la contravention. Il a donc décidé de confiner M. Aucoin à l'arrière du véhicule de patrouille pendant qu'il remplissait le constat à l'avant, mais auparavant, il a effectué une fouille par palpation pour vérifier si ce dernier possédait une arme.

[58] L'agent Burke a tâté un objet dur dans la poche avant gauche du pantalon de M. Aucoin et a demandé ce que c'était. M. Aucoin a répondu qu'il s'agissait de son portefeuille. En continuant la fouille, l'agent a tâté un objet mou dans l'autre poche avant et a répété sa question. M. Aucoin a répondu que c'était de l'ecstasy. L'agent a alors mis M. Aucoin en état d'arrestation et sorti de la poche du pantalon de ce dernier deux sachets contenant des comprimés et huit sachets contenant de la poudre blanche.

[59] Une analyse a révélé plus tard que la poudre blanche était de la cocaïne, et les comprimés, une substance non énumérée dans les annexes de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. M. Aucoin a été accusé en vertu du par. 5(2) de cette loi d'un chef de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic et d'un chef de possession d'une substance tenue pour de l'ecstasy en vue d'en faire le trafic.

[60] Dans l'avis de contestation qu'il a déposé, M. Aucoin a prétendu que la fouille par palpation avait porté atteinte à son droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a demandé que les substances saisies lors de la fouille soient écartées en application

December 8, 2009, Judge MacDonald of the Nova Scotia Provincial Court held that the search had not violated Mr. Aucoin's *Charter* rights. The evidence was admitted at trial, and on June 24, 2010, Mr. Aucoin was convicted on the first count, that of possession of cocaine for the purpose of trafficking. He was acquitted on the second count. On August 11, 2010, Mr. Aucoin was sentenced to two years' imprisonment. He appealed both his conviction and his sentence to the Nova Scotia Court of Appeal. The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal, but Beveridge J.A. dissented (2011 NSCA 64, 306 N.S.R. (2d) 20). Mr. Aucoin now appeals to this Court as of right.

### III. Judicial History

#### A. *Nova Scotia Provincial Court*

[61] Before the trial, Judge MacDonald held a *voir dire* to determine whether the evidence seized during the pat-down search was admissible. She began by reviewing the relevant legal principles, stating that a warrantless search is presumed to be unreasonable unless the Crown can demonstrate on a balance of probabilities that the search was authorized by a reasonable law and carried out in a reasonable manner (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265). The present case concerns the common law police power to search incident to a lawful detention. A protective pat-down search will be authorized in the context of a lawful detention if an officer has reasonable grounds to believe that his or her safety, or the safety of others, is at risk (*R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59).

[62] Judge MacDonald was mindful of the fact that Mr. Aucoin was being detained not for a criminal matter, but for a violation of provincial motor vehicle legislation (A.R., vol. I, at pp. 13-14). Despite concerns about the context of the detention and search, she was convinced that there were "some very unusual circumstances at play": it was late at night, Cst. Burke needed the police car's

du par. 24(2) de la *Charte*. Le 8 décembre 2009, la juge MacDonald de la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse a statué que la fouille n'avait pas porté atteinte aux droits que la *Charte* garantit à M. Aucoin. Elle a admis la preuve au procès et, le 24 juin 2010, elle a déclaré M. Aucoin coupable sur le premier chef d'accusation — possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic — et l'a acquitté sur le second. Le 11 août 2010, M. Aucoin a été condamné à deux ans d'emprisonnement. Il a fait appel de la déclaration de culpabilité et de la peine. Par décision majoritaire, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a rejeté l'appel; le juge Beveridge était dissident (2011 NSCA 64, 306 N.S.R. (2d) 20). M. Aucoin se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse*

[61] Avant le procès, la juge MacDonald a tenu un *voir-dire* pour déterminer l'admissibilité des éléments de preuve saisis lors de la fouille par palpation. Elle a d'abord passé en revue les principes juridiques applicables, indiquant qu'une fouille sans mandat est présumée abusive à moins que le ministère public puisse démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle est autorisée par une loi qui n'a elle-même rien d'abusif et qu'elle a été effectuée de manière non abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265). En l'espèce est en cause le pouvoir que la common law reconnaît à la police de procéder à une fouille accessoire à une détention légale. Une fouille préventive par palpation est autorisée dans le contexte d'une détention légale si le policier a des motifs raisonnables de croire que sa sécurité ou celle d'autrui est menacée (*R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59).

[62] La juge MacDonald était consciente du fait que M. Aucoin n'était pas détenu pour un acte criminel mais pour une infraction au code de la route de la province (d.a., vol. I, p. 13-14). En dépit de ses réserves quant au contexte de la détention et de la fouille, elle a conclu à l'existence de [TRADUCTION] « circonstances très inhabituelles en jeu » : il était tard, l'agent Burke avait besoin de l'éclairage de la

light to write out the ticket, and Mr. Aucoin could not return to his own vehicle, because it was being removed. It was also a busy time during the Apple Blossom Festival, so Cst. Burke was concerned that Mr. Aucoin could simply walk away and disappear into the crowd (A.R., vol. I, at pp. 14-15).

[63] Given these “unusual circumstances”, Judge MacDonald concluded:

... it was reasonable for Constable Burke to request Mr. Aucoin to be seated in his police car while he was writing out the ticket. And it was also reasonable in all of the circumstances for Constable Burke to do the very quick pat-down search that he did, and the short conversation that he had with Mr. Aucoin before Mr. Aucoin was placed in the back seat of that vehicle. Officer safety is a legitimate concern in this particular fact-situation. [A.R., vol. I, at p. 16]

Judge MacDonald held that there had therefore been no breach of Mr. Aucoin’s *Charter* rights. The evidence was subsequently admitted at trial. Mr. Aucoin was convicted of possession of cocaine for the purpose of trafficking and sentenced to two years’ imprisonment.

B. *Nova Scotia Court of Appeal, 2011 NSCA 64, 306 N.S.R. (2d) 20*

[64] Mr. Aucoin appealed both his conviction and his sentence to the Nova Scotia Court of Appeal. He raised four grounds of appeal: (1) that the trial judge had erred in finding that the pat-down search did not violate s. 8 of the *Charter*; (2) that the trial judge had erred in giving too much weight to an expert’s opinion that the possession was for the purpose of trafficking; (3) that the verdict was unreasonable; and (4) that the trial judge had failed to consider and properly apply the principles of sentencing.

[65] Hamilton J.A. wrote for herself and Fichaud J.A. On the *Charter* issue, she held that the trial judge had considered the correct legal principles and had properly applied them to the facts of the case. Hamilton J.A. reviewed the unusual circumstances identified by the trial judge and confirmed that it was reasonable to detain Mr. Aucoin in the

voiture de police pour dresser la contravention, et M. Aucoin ne pouvait regagner son propre véhicule, qui allait être remorqué. Il y avait foule durant le festival Apple Blossom Festival et le policier craignait que M. Aucoin puisse tout simplement partir et se fondre dans la foule (d.a., vol. I, p. 14-15).

[63] Vu ces « circonstances inhabituelles », la juge MacDonald a conclu ainsi :

[TRADUCTION] [I]l était raisonnable que l’agent Burke demande à M. Aucoin de s’asseoir dans la voiture de police pendant qu’il dressait la contravention. Il était également raisonnable, compte tenu de l’ensemble des circonstances, qu’il procède à une très rapide fouille par palpation et qu’il ait avec M. Aucoin un bref échange avant de le faire monter à l’arrière du véhicule. La sécurité de l’agent constitue une préoccupation légitime dans ces circonstances particulières. [d.a., vol. I, p. 16]

À son avis, les droits garantis par la *Charte* à M. Aucoin n’avaient donc subi aucune atteinte, et par la suite, la preuve a été admise au procès. M. Aucoin a été déclaré coupable de possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic et condamné à deux ans d’emprisonnement.

B. *Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse, 2011 NSCA 64, 306 N.S.R. (2d) 20*

[64] M. Aucoin a interjeté appel de la déclaration de culpabilité et de la peine devant la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse, en invoquant les quatre moyens suivants : (1) la juge du procès avait conclu à tort que la fouille par palpation ne violait pas l’art. 8 de la *Charte*, (2) elle avait accordé à tort trop de poids au témoignage d’expert concluant que l’accusé possédait la drogue en vue d’en faire le trafic, (3) le verdict était déraisonnable et (4) la juge du procès n’avait pas tenu compte des principes de détermination de la peine et ne les avait pas appliqués correctement.

[65] Rédigeant en son nom et en celui du juge Fichaud, la juge Hamilton a statué, relativement à la question portant sur la *Charte*, que la juge du procès avait tenu compte des principes juridiques pertinents et les avait correctement appliqués aux faits de l’espèce. Examinant les circonstances inhabituelles relevées par la juge du procès, elle a

back seat of the police car and that, once the officer had decided to do so, it was reasonable to do a pat-down search for weapons (paras. 26-27). Hamilton J.A. therefore rejected this ground of appeal. She went on to reject the other three grounds of appeal and to uphold both the conviction and the sentence of two years' imprisonment.

[66] Beveridge J.A. dissented on the *Charter* issue. In his view, the trial judge had failed to identify any source of lawful authority for searching Mr. Aucoin:

As clearly articulated by the Supreme Court of Canada in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265 . . . , and recently affirmed in *R. v. Mann*, a warrantless search is presumed to be unreasonable unless it is authorized by law, the law is reasonable and the manner in which the search is carried out is reasonable. Although the trial judge referred to these basic principles, she failed to identify what lawful authority she was relying on to find the search to be in conformity with s. 8 of the *Charter*. It appears to be implicit in her reasons that she found the appellant to be tangled up in an investigative detention and because she considered the officer's decision to place Mr. Aucoin in the rear of the police car [to] be reasonable, this justified a protective search. The majority reasons of my colleagues agree with this approach. With respect, I cannot. [para. 71]

[67] First, Beveridge J.A. found that there was no lawful authority for the detention. The trial judge had concluded that it was reasonable for Cst. Burke to ask Mr. Aucoin to be seated in the back of the police car:

With all due respect to the trial judge, whether it was reasonable to request the appellant to be seated in the rear of the police vehicle is not the test that imbues the police with power to interfere with the liberty of a person. Of course, if the police have a power to do something, it must be exercised reasonably, but merely finding police conduct to be reasonable is, in my opinion, insufficient. [para. 65]

An officer must have reasonable grounds to detain someone in the back seat. Cst. Burke had indicated that he had a subjective fear that Mr. Aucoin might

confirmé que la détention de M. Aucoin à l'arrière de la voiture de police était raisonnable et que, une fois prise cette décision, il était raisonnable de procéder à une fouille par palpation visant à révéler la présence d'armes (par. 26-27). Elle a donc rejeté ce moyen d'appel, ainsi que les trois autres, et a confirmé la déclaration de culpabilité et la peine d'emprisonnement de deux ans.

[66] Selon le juge Beveridge, dissident sur la question relative à la *Charte*, la juge du procès n'avait identifié aucun pouvoir légal autorisant la fouille de M. Aucoin :

[TRADUCTION] La Cour suprême du Canada a clairement établi dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265 [. . .] et confirmé récemment dans *R. c. Mann*, qu'une fouille sans mandat est présumée abusive à moins qu'elle ne soit autorisée par la loi, que la loi elle-même n'ait rien d'abusif et que la fouille ait été effectuée de manière non abusive. Bien que la juge du procès ait mentionné ces trois principes fondamentaux, elle n'a pas indiqué sur quel pouvoir s'appuyait sa conclusion que la fouille était conforme à l'art. 8 de la *Charte*. Il ressort implicitement des motifs de la juge que l'appelant était à son avis détenu aux fins d'enquête et que, comme elle jugeait raisonnable la décision du policier de faire monter M. Aucoin à l'arrière du véhicule, la fouille préventive se justifiait. Mes collègues de la majorité souscrivent à ce raisonnement. En toute déférence, je ne puis faire de même. [par. 71]

[67] Premièrement, le juge Beveridge a conclu qu'aucun pouvoir légal ne justifiait la détention. Relativement à la conclusion de la juge du procès selon laquelle l'agent Burke pouvait raisonnablement demander à M. Aucoin de prendre place à l'arrière de la voiture de police, il a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Sauf le respect que je dois à la juge du procès, le fait qu'il ne soit pas abusif de faire monter l'appelant à l'arrière de la voiture de police n'est pas le critère qui détermine le pouvoir du policier d'entraver la liberté d'une personne. Il est évident que la police doit exercer de manière non abusive les pouvoirs dont elle dispose. Or, la simple conclusion que la conduite policière est non abusive ne suffit pas, à mon avis. [par. 65]

Un policier doit posséder des motifs raisonnables pour être habilité à détenir quelqu'un à l'arrière de la voiture de police. L'agent Burke a mentionné la

walk away before receiving his ticket; however, the Crown had conceded that there were no objective grounds for this fear (paras. 67-69).

[68] Second, there was no lawful authority for the search. An officer must have reasonable grounds to believe that his safety or that of others is at risk before conducting a protective pat-down search (*Mann*). Not only did Cst. Burke arbitrarily create the officer safety issue, he could not identify any grounds, reasonable or otherwise, to trigger the need to carry out the search (paras. 78-79). Furthermore, Beveridge J.A. stated, the search went beyond one reasonably limited to locating weapons. It is impossible to leap from feeling something soft in a pocket to a legitimate concern for officer safety justifying a targeted inquiry into what the object was (para. 80).

[69] The dissenting judge therefore concluded that the trial judge had erred in law in failing to identify any source of lawful authority for the search. He went on to consider whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute, having regard to the three lines of inquiry identified in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353.

[70] First, he found that the state conduct was serious: Cst. Burke had acted arbitrarily in deciding to impose greater restrictions on Mr. Aucoin's liberty without having reasonable grounds to do so and had failed to base the decision to search on specific inferences drawn from known facts. His search had gone beyond what was reasonably necessary in order to locate weapons. In addition, Cst. Burke's conduct appeared to be part of his normal approach to dealing with detained motorists. These facts favoured exclusion of the evidence (paras. 88-92). Second, the impact of the breach on Mr. Aucoin's *Charter*-protected interests was significant: Mr. Aucoin had a high expectation of privacy in respect of the contents of his pockets, and the evidence could not have been discovered without the unauthorized search and coercive

crainte subjective que M. Aucoin lui fausse compagnie avant qu'il puisse lui remettre la contravention; toutefois, le ministère public a concédé que cette crainte était dépourvue de fondement objectif (par. 67-69).

[68] Deuxièmement, aucun pouvoir légal n'autorisait la fouille. Un policier doit avoir des motifs raisonnables de croire que sa sécurité ou celle d'autrui est menacée pour effectuer une fouille préventive par palpation (*Mann*). Non seulement l'agent Burke a-t-il arbitrairement créé le motif de sécurité, mais il n'a fourni aucun motif, raisonnable ou non, commandant cette fouille (par. 78-79). En outre, selon le juge Beveridge, la fouille a outrepassé ce qui était raisonnablement requis pour révéler la présence d'armes. En effet, il est impossible pour l'agent de concevoir la présence d'un objet mou dissimulé dans une poche de vêtement comme une menace légitime à sa sécurité justifiant de s'enquérir de la nature de l'objet (par. 80).

[69] Le juge dissident a donc conclu que la juge du procès avait commis une erreur de droit en n'indiquant pas un pouvoir légal autorisant la fouille. Il s'est ensuite penché sur la possibilité que l'admission de la preuve déconsidère l'administration de la justice, à la lumière des trois facteurs énumérés dans *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353.

[70] Premièrement, il a jugé grave la conduite de l'État : l'agent Burke avait, sans motif raisonnable, décidé arbitrairement de restreindre davantage la liberté de M. Aucoin, et sa décision de procéder à la fouille n'était fondée sur aucune inférence précise tirée de faits connus. La fouille excédait ce qui était raisonnablement requis pour révéler la présence d'armes. De plus, cette manière de procéder semblait constituer la méthode habituelle de l'agent Burke à l'égard des conducteurs détenus. Ces faits militaient en faveur de l'exclusion de la preuve (par. 88-92). Deuxièmement, la violation a eu une incidence importante sur les droits garantis par la *Charte* à M. Aucoin : ce dernier pouvait prétendre à une attente élevée en matière de vie privée quant au contenu des poches de ses vêtements, et les éléments de preuve n'auraient pu être



questioning (paras. 93-94). Third, without the evidence, the Crown would have no means of prosecuting the case. Exclusion would therefore gut the truth-seeking function of the trial. This favoured admission of the evidence (para. 95).

[71] Balancing all these factors, Beveridge J.A. concluded that in the long term, admitting the cocaine into evidence would bring the administration of justice into disrepute. There was no uncertainty in the law. Cst. Burke acted without reasonable grounds, and doing so was part of his routine (para. 98). Beveridge J.A. would therefore have allowed the appeal, excluded the evidence, and ordered an acquittal. Given this conclusion, it was not necessary for him to consider the other grounds of appeal.

#### IV. Issues

[72] Mr. Aucoin appeals to this Court as of right pursuant to s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The appeal is limited to the question of law on which Beveridge J.A. dissented, that is, whether the search violated Mr. Aucoin's *Charter* right to be secure against unreasonable search and seizure. This Court must answer the following questions:

- (1) Was the detention lawful?
- (2) Was the search lawful? and
- (3) Should the evidence be excluded?

#### V. Analysis

[73] This appeal raises yet again the issue of the nature and scope of common law police powers, this time in the context of a regulatory offence. For the purpose of determining whether the police have a common law power to engage in particular conduct that interferes with an individual's liberty, this Court has adopted the two-stage test first set out by the English Court of Appeal in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659, at pp. 660-61.

découverts sans la fouille non autorisée et les questions coercitives (par. 93-94). Troisièmement, sans ces éléments de preuve, le ministère public ne pouvait mener à bien la poursuite; leur exclusion serait donc fatale à la fonction de recherche de vérité du procès, ce qui militait en faveur de l'admission de la preuve (par. 95).

[71] Après avoir mis tous ces facteurs en balance, le juge Beveridge a conclu que l'admission en preuve de la cocaïne était susceptible, à long terme, de déconsidérer l'administration de la justice. L'application du droit ne comportait aucune incertitude. L'agent Burke a agi, sans motifs raisonnables, comme il en avait l'habitude (par. 98). Le juge Beveridge aurait donc accueilli l'appel, écarté la preuve et ordonné l'acquiescement. Cette conclusion le dispensait d'examiner les autres moyens d'appel.

#### IV. Les questions en litige

[72] M. Aucoin se pourvoit de plein droit devant notre Cour en application de l'al. 691(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. L'appel porte uniquement sur la question de droit exposée dans la dissidence du juge Beveridge, soit la question de savoir si la fouille de M. Aucoin a violé son droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives reconnu par la *Charte*. Notre Cour doit répondre aux questions suivantes :

- (1) La détention était-elle légale?
- (2) La fouille était-elle légale?
- (3) La preuve devrait-elle être écartée?

#### V. Analyse

[73] La Cour est une fois de plus saisie d'un pourvoi relatif à la nature et à la portée des pouvoirs que la common law reconnaît aux policiers, mais cette fois dans le contexte d'un manquement à une loi. Notre Cour a adopté le critère en deux étapes élaboré par la Cour d'appel anglaise dans *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659, p. 660-661, en vue de déterminer si une conduite policière donnée entravant la liberté d'une personne est autorisée par un pouvoir reconnu en common law.

[74] At the first stage, the Court must determine whether the conduct falls within the general scope of any duty imposed on the police by statute or at common law. Common law police duties include the preservation of the peace, the prevention of crime, and the protection of life and property (*Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2).

[75] At the second stage, the Court must consider whether the conduct, albeit within the general scope of a police duty, involved an unjustifiable use of powers associated with that duty. To be justified, “[t]he interference with liberty must be necessary for the carrying out of the particular police duty and it must be reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference” (*Dedman*, at p. 35).

[76] The *Waterfield* test has consistently been applied by this Court to determine the scope of common law police powers. For example, in *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, the Court recognized a common law power to search incident to a lawful arrest; in *Mann*, the Court recognized a common law power of investigative detention and a power to search incident to that detention; and in *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, a majority of the Court recognized a common law power to conduct sniffer-dog searches.

[77] Under the law as recognized and developed in the foregoing cases, the police have a power to engage, in furtherance of their duties, in conduct that is reasonably necessary in light of the totality of the circumstances. A court must consider the importance of the duty being performed, the nature of the liberty being interfered with and the extent of the interference, and must seek to strike a proper balance between the competing interests. This necessarily entails a consideration of whether a less intrusive means of fulfilling the duty existed.

[78] In the instant case, the trial judge asked not whether the detention and search were reasonably

[74] Au premier volet, il faut établir si la conduite s’inscrit dans le cadre général d’un devoir incombant à la police aux termes d’un texte de loi ou de la common law. Les devoirs que reconnaît la common law à la police incluent le maintien de la paix, la prévention du crime et la protection de la vie et des biens (*Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2).

[75] Au second volet, il faut examiner si la conduite, même si elle s’inscrit dans le cadre général d’un devoir policier, a donné lieu à l’exercice injustifiable des pouvoirs afférents à ce devoir. Pour être justifiée, « [l]’atteinte à la liberté doit être nécessaire à l’accomplissement du devoir particulier de la police et elle doit être raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l’importance de l’objet public poursuivi par cette atteinte » (*Dedman*, p. 35).

[76] Notre Cour applique systématiquement le critère de l’arrêt *Waterfield* pour déterminer la portée des pouvoirs policiers reconnus par la common law. Par exemple, dans *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, la Cour conclut à l’existence en common law du pouvoir d’effectuer une fouille accessoire à une arrestation légale; dans *Mann*, elle reconnaît le pouvoir de common law de détention aux fins d’enquête et le pouvoir d’effectuer une fouille accessoire à une telle détention et, dans *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, les juges majoritaires reconnaissent le pouvoir de common law d’effectuer des fouilles ou perquisitions à l’aide de chiens renifleurs.

[77] Suivant les principes juridiques reconnus et précisés dans les arrêts mentionnés, un policier est autorisé, dans l’accomplissement de ses devoirs, à adopter la conduite qui est raisonnablement nécessaire compte tenu de l’ensemble des circonstances. Le tribunal doit prendre en compte l’importance du devoir du policier, la nature de la liberté entravée, ainsi que l’étendue de l’atteinte à cette dernière, et il doit tenter d’établir un juste équilibre entre les intérêts opposés en présence. Il est nécessairement appelé à déterminer s’il existe un moyen moins attentatoire d’accomplir le devoir.

[78] En l’espèce, la juge du procès ne s’est pas demandé si la détention et la fouille étaient

necessary, but simply whether they were reasonable (A.R., vol. I, at p. 16). As Beveridge J.A. pointed out in his dissent, reasonableness is not the test that imbues the police with power to interfere with the liberty of a person (para. 65). The trial judge therefore erred in law by applying the wrong legal standard for recognizing police powers. It falls to this Court to apply the proper legal standard to the facts as found by the trial judge.

[79] As I will explain, it was not reasonably necessary for Cst. Burke to detain Mr. Aucoin in the rear seat of a locked police car in order to write out the summary offence ticket. Less intrusive alternatives existed. Furthermore, even if the detention had constituted a lawful exercise of police powers, it was not reasonably necessary to perform the protective pat-down search. Cst. Burke did not have reasonable grounds to believe that his safety, or the safety of others, was at risk. The evidence found as a result of the search was therefore obtained in violation of Mr. Aucoin's *Charter* rights. In the circumstances of this case, admitting the evidence would bring the administration of justice into disrepute. I would accordingly exclude the evidence and enter a verdict of acquittal.

#### A. *The Detention*

[80] Mr. Aucoin was initially detained when Cst. Burke pulled his vehicle over to investigate the discrepancy with his licence plate. When Cst. Burke smelled alcohol, Mr. Aucoin was further detained to investigate a possible offence under either the *Motor Vehicle Act* or the *Criminal Code*. Upon obtaining the breath test results, the investigation was complete, but the detention continued so as to enable Cst. Burke to write out the summary offence ticket. It is only this final stage of the detention that is in issue. It was at this time that Cst. Burke decided to place Mr. Aucoin in the police car's locked rear seat and, as a prelude to this detention, to perform the pat-down search. If the detention was unlawful,

raisonnablement nécessaires, mais tout simplement si elles étaient raisonnables (d.a., vol. I, p. 16). Comme le juge Beveridge le souligne dans sa dissidence, le caractère raisonnable ou non d'une mesure ne constitue pas le critère qui gouverne l'exercice du pouvoir du policier d'entraver la liberté d'une personne (par. 65). La juge du procès a donc commis une erreur de droit en n'appliquant pas la norme juridique permettant de reconnaître des pouvoirs policiers. Il revient à notre Cour d'appliquer la norme juridique correcte aux conclusions de fait tirées par la juge du procès.

[79] Comme je l'expliquerai, il n'était pas raisonnablement nécessaire que l'agent Burke confine M. Aucoin à l'arrière de la voiture de police pour dresser la contravention. Des solutions moins attentatoires existaient. Qui plus est, même si la détention découlait de l'exercice légitime de pouvoirs policiers, la fouille par palpation préventive n'était pas raisonnablement nécessaire. L'agent Burke n'avait pas de motifs raisonnables de croire que sa sécurité ou celle d'autrui était menacée. En conséquence, les éléments de preuve découverts lors de la fouille ont été obtenus en violation des droits de M. Aucoin garantis par la *Charte*, et leur utilisation, dans les circonstances de l'espèce, est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Je serais donc d'avis d'écartier ces éléments de preuve et d'inscrire un verdict d'acquittal.

#### A. *La détention*

[80] La détention de M. Aucoin a commencé lorsque l'agent Burke l'a intercepté pour vérifier une irrégularité au sujet de la plaque d'immatriculation de son véhicule. Elle s'est poursuivie lorsque le policier, après avoir détecté une odeur d'alcool, a voulu établir s'il y avait eu infraction à la *Motor Vehicle Act* ou au *Code criminel*. L'enquête a pris fin dès l'obtention des résultats de l'alcootest, mais la détention a continué le temps que l'agent Burke dresse la contravention. Le litige porte sur ce dernier stade de la détention. C'est à ce moment que le policier a décidé de confiner M. Aucoin à l'arrière de la voiture de police et d'effectuer, au préalable, une fouille par palpation. L'illégalité de la

then the pat-down search incident to that detention must also be unlawful (see *R. v. Loewen*, 2011 SCC 21, [2011] 2 S.C.R. 167).

[81] The courts below seem to have proceeded on the assumption that in the circumstances of this case, the detention was an investigative detention. I am not sure that this is the most apt characterization. An investigative detention is one that occurs in the course of investigation of a crime. The test for investigative detention therefore focuses on a nexus between the individual to be detained and a recent or ongoing criminal offence. The goal of the detention must be to ascertain whether the particular individual is implicated in the criminal activity under investigation (*Mann*, at para. 34).

[82] In contrast, in the present case, the investigation into the motor vehicle infraction was complete by the time Cst. Burke made the decision to detain Mr. Aucoin in the rear seat of the police vehicle. The duty Cst. Burke was discharging at this time was the issuance of a ticket for the infraction. There was no question that it was Mr. Aucoin who was implicated. The detention in this case therefore fits somewhat awkwardly into the definition of an investigative detention.

[83] Nevertheless, what is at issue here is the common law power to detain an individual. The test, as in the case of any common law power, is whether the detention was reasonably necessary on an objective view of the totality of the circumstances (*Mann*, at para. 34). In my view, it was not.

[84] At the *voir dire*, Cst. Burke was asked in direct examination why he decided to place Mr. Aucoin in the back of the police car. He replied:

His car was being removed so he couldn't go back to his vehicle. And it's Apple Blossom weekend. It was busy. And I felt if he was on the side of the road, possibly he could walk away. As I'm writing the ticket, he could disappear. [A.R., vol. II, at pp. 18-19]

détention emporte celle de la fouille par palpation accessoire à la détention (voir *R. c. Loewen*, 2011 CSC 21, [2011] 2 R.C.S. 167).

[81] Les juridictions inférieures semblent avoir tenu pour acquis qu'il y avait détention aux fins d'enquête dans les circonstances. Je ne suis pas certain que ce soit la qualification la plus juste. La détention aux fins d'enquête survient au cours d'une enquête sur un crime. Ainsi, le critère en matière de détention aux fins d'enquête est axé sur le lien entre la personne qui sera détenue et une infraction criminelle récente ou en cours. Il faut que le but de la détention consiste à vérifier si cette personne est impliquée dans l'activité criminelle visée par l'enquête (*Mann*, par. 34).

[82] En l'espèce, par contre, l'enquête sur l'infraction routière était close lorsque l'agent Burke a décidé de détenir M. Aucoin à l'arrière de la voiture de police. Le devoir du policier consistait alors à remettre une contravention. L'implication de M. Aucoin ne faisait aucun doute. Par conséquent, la détention dans la présente affaire cadre mal avec la définition de la détention aux fins d'enquête.

[83] Quoi qu'il en soit, c'est le pouvoir de détention reconnu par la common law qui est en cause. Comme pour les autres pouvoirs de common law, le critère applicable consiste à déterminer si la détention était raisonnablement nécessaire suivant une considération objective de l'ensemble des circonstances (*Mann*, par. 34). Je suis d'avis qu'elle ne l'était pas.

[84] Au cours de l'interrogatoire principal lors du voir-dire, l'agent Burke a répondu ce qui suit lorsqu'on lui a demandé pourquoi il avait décidé de faire monter M. Aucoin à l'arrière de la voiture de police :

[TRADUCTION] Sa voiture allait être remorquée, il ne pouvait donc y retourner. Et c'était le festival Apple Blossom. Il y avait foule. J'ai pensé que s'il restait au bord de la chaussée il pourrait s'éloigner. Il pourrait s'éclipser pendant que je remplissais la contravention. [d.a., vol. II, p. 18-19]

[85] The trial judge concluded that, in light of the fact that Mr. Aucoin's vehicle was being removed and of Cst. Burke's subjective fear that Mr. Aucoin might walk away, it was reasonable to detain him in the back of the police car. She erred in two respects. First, as I have already explained, reasonableness is not the standard for recognizing a common law police power. The detention must be *reasonably necessary*. Second, there were no reasonable grounds to support Cst. Burke's subjective fear that Mr. Aucoin might walk away. The Crown conceded as much. The evidence indicated that Mr. Aucoin was cooperative throughout the encounter. He did not say or do anything that would indicate a desire to flee. In addition, there was a second uniformed officer present to supervise him. The fact that Cadet Lynk was in training and was not carrying a firearm did not inhibit his ability to stand and watch Mr. Aucoin. There was therefore a less intrusive alternative: Mr. Aucoin could have stood on the sidewalk to await his ticket. In these circumstances, it cannot be said that it was reasonably necessary to detain Mr. Aucoin in the rear seat of the police car.

[86] Generally speaking, detaining an individual in the locked rear seat of a police car in order to write out a ticket for a motor vehicle infraction will rarely strike an appropriate balance between the public's interest in effective law enforcement and its interest in upholding the right of individuals to be free from state interference. Had there been reasonable grounds to believe that Mr. Aucoin might flee, with the result that the detention could be said to be necessary, the overall reasonableness of the decision to detain would then need to be assessed in light of the totality of the circumstances (*Mann*, at para. 34), including the nature and extent of the interference with liberty and the importance of the public purpose served by that interference (see *Dedman*, at pp. 35-36). The seriousness of the offence is therefore a relevant consideration (see *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725, at para. 31). In my view, where the public purpose served by the interference is the enforcement of a

[85] Selon la juge du procès, le remorquage du véhicule de M. Aucoin et la crainte subjective de l'agent Burke que M. Aucoin puisse lui fausser compagnie conféraient à la décision de le détenir à l'arrière du véhicule un caractère non abusif. Ce raisonnement est fautif à deux égards. Premièrement, je le répète, la norme applicable pour établir l'existence d'un pouvoir policier reconnu par la common law n'est pas celle du caractère non abusif de la mesure prise par l'agent. La détention doit être *raisonnablement nécessaire*. Deuxièmement, la crainte subjective de l'agent Burke de voir M. Aucoin s'éclipser ne reposait sur aucun motif raisonnable, de l'aveu même du ministère public. Selon la preuve, M. Aucoin s'est montré coopératif pendant toute l'opération, il n'a rien dit ni fait qui puisse indiquer une intention de fuir. En outre, un autre agent en uniforme pouvait le surveiller. Le fait que le cadet Lynk effectuait son stage et ne portait pas d'arme ne l'empêchait nullement d'assurer la surveillance de M. Aucoin. Une solution moins attentatoire aux droits de M. Aucoin existait donc : M. Aucoin aurait pu attendre sur le trottoir qu'on lui remette la contravention. Dans ces circonstances, on ne saurait affirmer qu'il était raisonnablement nécessaire de le détenir à l'arrière de la voiture de police.

[86] En règle générale, confiner une personne à l'arrière d'une voiture de police le temps de dresser une contravention pour une infraction routière respectera rarement le juste équilibre entre l'intérêt public à ce que les lois soient appliquées et l'intérêt public à ce que l'État ne porte pas atteinte à la liberté individuelle. Si l'existence de motifs raisonnables de croire à une fuite possible de M. Aucoin pouvait rendre sa détention nécessaire, le caractère généralement raisonnable de la décision de le détenir devait alors être évalué en fonction de l'ensemble des circonstances (*Mann*, par. 34), dont la nature et la portée de l'atteinte à la liberté et l'importance de l'objet public poursuivi (voir *Dedman*, p. 35-36). La gravité de l'infraction constitue certes un élément pertinent (voir *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725, par. 31). À mon avis cependant, lorsque l'intérêt public que poursuit l'atteinte consiste dans la mise à exécution d'une obligation réglementaire et cette atteinte se traduit par une prise en

regulatory offence and the interference involves the police assuming complete control over an individual's movements, the balance will generally not favour recognizing a police power.

[87] For the foregoing reasons, I find that it was not reasonably necessary to detain Mr. Aucoin in the rear seat of the police car. There was no authority for the detention. The detention was unlawful, and therefore arbitrary.

#### B. *The Search*

[88] The protective pat-down search was an incident to the detention. Given my conclusion that the detention was unlawful, the search must also be unlawful and therefore unreasonable. However, even if it had been reasonably necessary to detain Mr. Aucoin in the rear seat of the police car, I would have concluded that the search was unreasonable.

[89] A search incident to a lawful detention is a warrantless search. Warrantless searches are presumed to be unreasonable unless the Crown can demonstrate on a balance of probabilities that the search was authorized by a reasonable law and carried out in a reasonable manner (*Collins*). In addition, such a search will be authorized by the common law if it falls within the framework established in *Mann*.

[90] In *Mann*, this Court recognized a common law power to search incident to a lawful detention. The decision dealt specifically with searches incident to an investigative detention, but the principles also apply to any lawful detention. The power is defined narrowly:

The general duty of officers to protect life may, in some circumstances, give rise to the power to conduct a pat-down search incident to an investigative detention. Such a search power does not exist as a matter of course; the officer must believe on reasonable grounds that his or her own safety, or the safety of others, is at risk. [para. 40]

contrôle intégrale des mouvements d'une personne par la police, la balance ne penchera généralement pas en faveur de la reconnaissance de l'existence d'un pouvoir policier.

[87] Pour ces raisons, j'estime qu'il n'était pas raisonnablement nécessaire de détenir M. Aucoin à l'arrière de la voiture de police. Aucun pouvoir n'autorisait cette détention. Celle-ci était illégale et, partant, elle était arbitraire.

#### B. *La fouille*

[88] La fouille préventive par palpation était accessoire à la détention. Puisque j'estime que la détention était illégale, la fouille doit également être considérée comme illégale et, de ce fait, abusive. Toutefois, la détention de M. Aucoin à l'arrière de la voiture de police eût-elle été raisonnablement nécessaire, je conclurais quand même au caractère abusif de la fouille.

[89] Une fouille accessoire à une détention légale est une fouille sans mandat, et une telle fouille est présumée abusive à moins que le ministère public ne démontre, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle était autorisée par une loi elle-même non abusive et qu'elle a été effectuée de manière non abusive (*Collins*). En outre, une telle fouille sera autorisée par la common law dans la mesure où elle respecte les limites établies par l'arrêt *Mann*.

[90] Dans l'arrêt *Mann*, notre Cour conclut à l'existence d'un pouvoir reconnu en common law de procéder à une fouille accessoire à une détention légale. La décision portait précisément sur la fouille accessoire à la détention aux fins d'enquête, mais les principes qui y sont énoncés s'appliquent également à toute détention légale. Le pouvoir en question est étroitement circonscrit :

Le devoir général des policiers de protéger la vie peut, dans certaines circonstances, faire naître le pouvoir de procéder à une fouille par palpation accessoire à une détention aux fins d'enquête. Un tel pouvoir de fouille n'existe pas de manière autonome; le policier doit croire, pour des motifs raisonnables, que sa propre sécurité ou celle d'autrui est menacée. [par. 40]

In addition, a search incident to a lawful detention must be confined in scope to one that is reasonably designed to locate weapons (*Mann*, at para. 41).

[91] The trial judge found as a fact that Cst. Burke was searching for weapons, not for evidence (A.R., vol. I, at p. 9). However, she failed to consider whether there were reasonable grounds for the search or whether the search was confined in scope to one that was reasonably designed to locate weapons.

[92] It should be borne in mind that warrantless searches are presumed to be unreasonable. The onus is therefore on the Crown to lead evidence of the officer's subjective belief that his safety or the safety of others was at risk, and of the reasonable grounds for that belief (*Collins*). Such evidence is entirely lacking from the record in this case.

[93] In direct examination, Cst. Burke testified that it was his standard practice to conduct a pat-down search whenever someone was going to be placed in the back seat of the police car (A.R., vol. II, at p. 19). In his view:

... it's an officer-safety issue because I have no idea what an individual could have in his possession that could harm himself or harm me while my back is turned to him and he's in the rear of the patrol car. [A.R., vol. II, at p. 18]

This is simply not a sufficient basis for authorization of a search. The power to search does not arise as a matter of course from the fact of detention. Nor can it be justified on the basis of a vague concern for safety. Rather, the police are "required to act on reasonable and specific inferences drawn from the known facts of the situation" (*Mann*, at para. 41). In cross-examination, Cst. Burke conceded that he had *no reason to suspect* that Mr. Aucoin had any weapons in his possession (A.R., vol. II, at p. 39). This belies any suggestion that there were reasonable grounds for the search.

[94] At the hearing of this appeal, the Crown suggested that "the absence of information, in fact,

En outre, la fouille accessoire à une détention légale doit se limiter à ce qui est raisonnablement requis pour découvrir la présence d'armes (*Mann*, par. 41).

[91] La juge du procès a retenu le fait que l'agent Burke cherchait des armes et non des éléments de preuve (d.a., vol. I, p. 9), mais elle ne s'est pas demandé si la fouille était fondée sur des motifs raisonnables ou si elle se limitait à ce qui était raisonnablement requis pour découvrir des armes.

[92] Rappelons que la fouille sans mandat est présumée abusive. Il incombe donc au ministère public d'établir en preuve la crainte subjective de l'agent à l'égard de sa sécurité ou de celle d'autrui et les motifs raisonnables fondant cette crainte (*Collins*). Cette preuve brille par son absence en l'espèce.

[93] Lors de l'interrogatoire principal, l'agent Burke a déclaré qu'il avait pour habitude de fouiller par palpation quiconque devait prendre place à l'arrière de la voiture de police (d.a., vol. II, p. 19). Pour reprendre ses propos :

[TRADUCTION] ... c'est une situation posant un problème de sécurité de l'agent parce que j'ignore totalement ce que l'individu peut avoir en sa possession et avec quoi il pourrait se blesser lui-même ou me blesser pendant que j'ai le dos tourné et qu'il se trouve à l'arrière de la voiture de police. [d.a., vol. II, p. 18]

Cette raison ne suffit tout simplement pas pour autoriser une fouille. Le pouvoir de fouiller une personne ne peut être exercé automatiquement dès qu'il y a détention. De vagues inquiétudes en matière de sécurité ne sauraient non plus le justifier. Le policier « doit plutôt agir à partir d'inférences raisonnables et précises fondées sur les faits connus se rapportant à la situation » (*Mann*, par. 41). Contre-interrogé à ce sujet, l'agent Burke a admis qu'il n'avait *aucun motif de soupçonner* que M. Aucoin avait des armes en sa possession (d.a., vol. II, p. 39). Cette admission dissipe toute possibilité qu'il ait eu des motifs raisonnables de procéder à la fouille.

[94] Devant nous, le ministère public a fait valoir qu'[TRADUCTION] « en fait, l'absence de

informed the officer's concern that his safety could well be at risk" (transcript, at p. 38). To accept that the absence of information could ever give rise to reasonable grounds would be to confer on the police a wholesale search power heretofore unknown to the law. I would respectfully decline to make such a monumental change to the common law.

[95] In addition to the lack of reasonable grounds, the search went beyond the scope of one that was reasonably designed to locate weapons. Cst. Burke felt something soft in Mr. Aucoin's right front pocket and asked him what it was. It is clear that this questioning constituted a search (see *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615). I share Beveridge J.A.'s view that "[i]t is impossible in these circumstances to leap from feeling something soft to a legitimate concern for officer safety justifying a targeted inquiry of the appellant as to what the object was" (para. 80). In cross-examination, Cst. Burke could not identify any inference, reasonable or otherwise, to justify a concern for officer safety and the questioning that followed. Instead, he simply stated: "I didn't know what it was. That's why I asked the question" (A.R., vol. II, at p. 42).

[96] Additional support for this conclusion is found in *Mann* itself, in which this Court upheld the trial judge's finding that, when the officer felt something soft in Mr. Mann's pocket, there was nothing from which he could infer that it was reasonable to proceed beyond the basic pat-down search (para. 49). In that case, the officer reached into the pocket of the person being searched, whereas here Cst. Burke asked Mr. Aucoin what was in his pocket. Given the reasonable inference that Mr. Aucoin would have felt compelled to answer (see *Mellenthin*), the situations are essentially identical. I find no merit in the argument that Mr. Aucoin could have simply lied. The common law should not be developed in such a way as to encourage citizens to deceive the police.

renseignements a fait naître chez l'agent la crainte que sa sécurité puisse être menacée » (transcription, p. 38). Reconnaître que l'absence de renseignements puisse donner lieu à des motifs raisonnables reviendrait à conférer à la police un pouvoir général de fouille qui n'a encore jamais existé en droit. Je me refuse, avec égards, à apporter un changement aussi fondamental à la common law.

[95] La fouille, qui déjà ne reposait pas sur des motifs raisonnables, a outrepassé ce qui était raisonnablement requis pour révéler la présence d'armes. L'agent Burke a tâté un objet mou dans la poche avant droite du pantalon de M. Aucoin et a demandé de quoi il s'agissait. Cette procédure constituait clairement une fouille (voir *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615). Comme le juge Beveridge, je suis d'avis qu'il [TRADUCTION] « est impossible dans ces circonstances de concevoir que la présence d'un objet mou puisse susciter une crainte légitime pour sa sécurité justifiant de s'enquérir de la nature de l'objet » (par. 80). Lors du contre-interrogatoire, l'agent Burke n'a fait état d'aucune inférence, raisonnable ou non, qui aurait pu fonder la crainte d'une menace pour sa sécurité et justifier les questions posées. Il a simplement dit : [TRADUCTION] « Je ne savais pas ce que c'était. C'est pourquoi j'ai posé la question » (d.a., vol. II, p. 42).

[96] L'arrêt *Mann* lui-même étaye aussi cette conclusion. En effet, la Cour y accepte la constatation du juge du procès selon laquelle rien ne permettait à l'agent d'inférer de la présence d'un objet mou dans la poche du vêtement de M. Mann qu'il était raisonnable de ne pas s'en tenir à la simple fouille par palpation (par. 49). Dans cette affaire, l'agent avait glissé sa main dans la poche du vêtement de l'appellant, tandis qu'en l'espèce, l'agent Burke a demandé à M. Aucoin ce qui se trouvait dans sa poche. Comme on peut raisonnablement penser que M. Aucoin s'est senti obligé de répondre (voir *Mellenthin*), les deux situations demeurent essentiellement identiques. Je ne puis non plus retenir l'argument selon lequel M. Aucoin aurait simplement pu mentir. La common law ne saurait évoluer de façon à encourager les citoyens à tromper la police.



[97] The evidence discloses no reasonable grounds for Cst. Burke to believe that his safety or the safety of others was at risk. In addition, the search went beyond the scope of one that was reasonably designed to locate weapons. The Crown has therefore failed to discharge its burden of demonstrating that the search was reasonable. The evidence seized as a result of the search was accordingly obtained in violation of Mr. Aucoin's *Charter* right to be secure against unreasonable search and seizure.

[98] I am mindful of the position, urged upon us by the Attorney General of Ontario, that this Court should approach the appeal "with a genuine appreciation of the fact that, day in and day out, police officers are expected to execute their important duties in dynamic, challenging, and dangerous circumstances" (factum, at para. 1). The fact remains, however, that the Crown could point to *no grounds, reasonable or otherwise*, to justify the search. While the police may at times be entitled to some leeway in their assessment of the totality of the circumstances, given their experience and the dynamics of a situation, courts are nonetheless entitled to insist upon an evidentiary record that discloses some grounds to support the authority to perform a search.

### C. *Excluding the Evidence*

[99] When evidence is obtained in a manner that infringes a *Charter* right, the court must exclude that evidence if admitting it would bring the administration of justice into disrepute. To determine whether the evidence should be excluded, a court must assess and balance the effect of admitting the evidence on society's confidence in the justice system having regard to (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct; (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused; and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits (*Grant*, at para. 71).

[100] The first line of inquiry focuses on the gravity of the *Charter*-infringing state conduct. The more serious the conduct, "the greater the need

[97] La preuve ne révèle aucun motif raisonnable susceptible de faire croire à l'agent Burke que sa sécurité ou celle d'autrui était menacée. En outre, la fouille a excédé ce qui était raisonnablement requis pour révéler la présence d'armes. Par conséquent, le ministère public ne s'est pas acquitté du fardeau de démontrer que la fouille n'était pas abusive. Les éléments de preuve saisis lors de la fouille ont donc été obtenus en violation du droit de M. Aucoin à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garantie par la *Charte*.

[98] Je suis conscient que le procureur général de l'Ontario exhorte la Cour à statuer en l'espèce [TRADUCTION] « en prenant bien en compte que, jour après jour, les policiers sont appelés à exercer leurs importants devoirs dans des circonstances dynamiques, exigeantes et dangereuses » (mémoire, par. 1). Or, il demeure que le ministère public n'a fait état d'*aucun motif, raisonnable ou non*, susceptible de justifier la fouille. Certes, compte tenu de son expérience et de la dynamique de la situation, on doit reconnaître au policier une certaine latitude dans l'appréciation de l'ensemble des circonstances. Cependant, le tribunal conserve le droit d'exiger que l'on présente un ensemble de preuves capable de confirmer l'existence d'un motif justifiant la reconnaissance du pouvoir de procéder à une fouille.

### C. *Exclusion de la preuve*

[99] Le tribunal doit écarter un élément de preuve obtenu en contravention de la *Charte* si son admission est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Pour déterminer s'il y a lieu d'écarter un élément de preuve, le tribunal doit évaluer et mettre en balance l'effet que l'utilisation de l'élément de preuve aurait sur la confiance de la société envers le système de justice en tenant compte de (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État, (2) l'incidence de la violation 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 (*Grant*, par. 71).

[100] La première question à examiner est la gravité de la conduite attentatoire de l'État. Plus cette conduite est grave « plus il est nécessaire que les

for the courts to dissociate themselves from that conduct, by excluding evidence linked to that conduct, in order to preserve public confidence in and ensure state adherence to the rule of law” (*Grant*, at para. 72). In my view, the conduct at issue in this case was serious. Cst. Burke knew or ought to have known that he needed reasonable grounds to conduct a pat-down search. Thus, he acted either in ignorance of, or with wilful disregard for, well-established *Charter* standards for police conduct. This favours exclusion (*Grant*, at paras. 74-75; see also *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494).

[101] The seriousness of the conduct is further aggravated by Cst. Burke’s testimony that it was his standard practice to put detained motorists in the locked rear seat of his police car, and to perform a pat-down search before doing so (A.R., vol. II, at pp. 19 and 38). This is evidence of a pattern of abuse:

It should also be kept in mind that for every *Charter* breach that comes before the courts, many others may go unidentified and unredressed because they did not turn up relevant evidence leading to a criminal charge. In recognition of the need for courts to distance themselves from this behaviour, therefore, evidence that the *Charter*-infringing conduct was part of a pattern of abuse tends to support exclusion. [*Grant*, at para. 75]

[102] I would therefore agree with Beveridge J.A.’s conclusion that the *Charter*-infringing conduct was serious and that it “shows a lack of respect for one of the basic tenets of our law — absent some statutory exception, the police can only interfere with liberty or privacy interests on reasonable and probable grounds” (para. 98). To admit the evidence would be to condone a situation in which a police officer can insist, without any grounds, that a person be detained in the locked rear seat of a police car and, also without any grounds, that the person be searched. The effect would be to significantly erode public confidence in the rule of law.

[103] The second line of inquiry focuses on the impact of the offending conduct on the

tribunaux s’en dissocient en excluant les éléments de preuve ainsi acquis, afin de préserver la confiance du public envers le principe de la primauté du droit et de faire en sorte que l’État s’y conforme » (*Grant*, par. 72). À mon avis, les gestes en cause étaient graves. L’agent Burke savait — ou aurait dû savoir — qu’il lui fallait des motifs raisonnables pour effectuer une fouille par palpation. Ainsi, il a agi dans l’ignorance — ou dans le mépris délibéré — des normes bien établies régissant la conduite policière respectueuse de la *Charte*, ce qui milite en faveur de l’exclusion (*Grant*, par. 74-75; voir aussi *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494).

[101] Le témoignage de l’agent Burke, selon lequel il a pour habitude de confiner à l’arrière de la voiture de police les conducteurs détenus, après les avoir fouillés par palpation, ajoute à la gravité de la conduite (d.a., vol. II, p. 19 et 38) et témoigne de l’existence d’un contexte d’abus :

Il faut également garder à l’esprit que pour chaque violation de la *Charte* qui aboutit devant les tribunaux, il en existe un grand nombre qui ne sont ni révélées ni corrigées parce qu’elles n’ont pas permis de recueillir d’éléments de preuve pouvant mener à des accusations. Compte tenu de la nécessité que les tribunaux se distancient de tels comportements, la preuve que des actes portant atteinte à la *Charte* s’inscrivent dans un contexte d’abus tend à fonder l’exclusion. [*Grant*, par. 75]

[102] Je souscris donc à la conclusion du juge Beveridge que les actes attentatoires étaient graves et [TRADUCTION] « démontrent un manque de respect pour l’un des principes fondamentaux de notre droit — sous réserve d’une exception prévue par un texte de loi, la police ne peut porter atteinte à la liberté ou à la vie privée que pour des motifs raisonnables et probables » (par. 98). Admettre la preuve équivaldrait à tolérer qu’un policier, en l’absence de tout motif, insiste pour confiner une personne à l’arrière d’une voiture de police et la fouiller, encore là sans motif. La confiance du public envers la primauté du droit en serait considérablement ébranlée.

[103] La deuxième question a trait à l’incidence de la violation sur les droits de l’accusé garantis

*Charter*-protected interests of the accused. An unreasonable search impacts upon an accused person's privacy interest. Mr. Aucoin reasonably had a high expectation of privacy in respect of the contents of his pockets. The search therefore had a significant impact on his privacy interest (*Grant*, at para. 78; see also *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215). In addition, because the evidence would not have been discovered but for the illegal search, it is "considerably more intrusive" (*Côté*, at para. 72; see also *Mellenthin*).

[104] Privacy was not the only *Charter*-protected interest affected by the state conduct in this case. The detention was arbitrary and therefore had an impact upon Mr. Aucoin's liberty interest. In addition, asking Mr. Aucoin what was in his pockets, in a context in which he had not been informed of his right to counsel and believed he had no choice but to answer, had an impact upon his right to be protected against self-incrimination. This questioning expanded the search beyond the scope of one that was reasonably designed to locate weapons. And it was Mr. Aucoin's response to this questioning that actually led to the discovery of the cocaine. The cocaine can therefore properly be considered derivative evidence (*Grant*, at para. 132). Given the multiple *Charter* interests engaged, and given Mr. Aucoin's high expectation of privacy, the impact of the *Charter*-infringing conduct was significant.

[105] In the third and final line of inquiry, the court "asks whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence, or by its exclusion" (*Grant*, at para. 79). There is no doubt that, in this case, truth-seeking would be better served by the admission of the evidence. The evidence is both relevant and reliable. In addition, excluding it would "effectively gu[t] the prosecution" (*Grant*, at para. 83). Therefore, this line of inquiry does not favour exclusion.

[106] Having considered all the circumstances, I find that admitting the evidence would bring the administration of justice into disrepute. This

par la *Charte*. Une fouille abusive brime le droit d'un accusé à la protection de sa vie privée. Il était raisonnable que M. Aucoin ait des attentes élevées en matière de vie privée relativement au contenu des poches de ses vêtements. La fouille a donc eu une incidence importante sur son droit à la vie privée (*Grant*, par. 78; voir aussi *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215). En outre, étant donné que la preuve n'aurait pu être découverte sans la fouille illégale, « il y a empiètement accru » sur l'attente raisonnable en matière de vie privée (*Côté*, par. 72; voir aussi *Mellenthin*).

[104] La conduite de l'État en l'espèce a eu une incidence sur d'autres droits garantis par la *Charte* que le droit à la vie privée. La détention était arbitraire et elle a brimé le droit de M. Aucoin à la liberté. En outre, questionner ce dernier sur le contenu des poches de ses vêtements sans l'informer de son droit à un avocat, vu qu'il se croyait tenu de répondre, a empiété sur son droit de ne pas s'incriminer. Ces questions ont donné à la fouille une portée excédant ce qui était raisonnablement requis pour révéler la présence d'armes. Qui plus est, ce sont effectivement les réponses de M. Aucoin qui ont mené à la découverte de la cocaïne. Par conséquent, la cocaïne peut être considérée comme un élément de preuve dérivée (*Grant*, par. 132). À la lumière des multiples droits garantis par la *Charte* en cause dans l'espèce et de l'attente élevée de M. Aucoin en matière de vie privée, la conduite attentatoire a eu une incidence importante.

[105] La troisième question « vise à déterminer si la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel est mieux servie par l'utilisation ou par l'exclusion d'éléments de preuve » (*Grant*, par. 79). Il ne fait aucun doute qu'en l'espèce, l'admission de la preuve servirait mieux la recherche de la vérité. La preuve est pertinente et elle est fiable. En outre, son exclusion serait « fatale pour la poursuite » (*Grant*, par. 83). Par conséquent, ce facteur ne milite pas en faveur de l'exclusion de la preuve.

[106] Cependant, l'examen de l'ensemble des circonstances m'amène à conclure que l'admission de la preuve serait susceptible de déconsidérer

is primarily because of the seriousness of the *Charter*-infringing conduct. The law regarding police powers of search and detention is well established. Yet Cst. Burke followed his standard practice even though there were *no* reasonable grounds for proceeding as he did in the context of a motor vehicle infraction. The Court must dissociate itself from this conduct if it is to maintain the long-term repute of the justice system.

#### VI. Disposition

[107] I would allow the appeal, exclude the evidence, and enter a verdict of acquittal.

*Appeal dismissed, LEBEL and FISH JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Nova Scotia Legal Aid, Halifax.*

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

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

l'administration de la justice. Ma conclusion tient principalement à la gravité de la conduite attentatoire. Les règles de droit régissant les pouvoirs de la police en matière de fouille et de détention sont bien établies. Pourtant, l'agent Burke a suivi sa pratique habituelle en matière d'infraction routière en l'*absence* de tout motif raisonnable d'agir ainsi. Pour préserver la considération dont jouit le système de justice, la Cour doit se dissocier d'une telle conduite.

#### VI. Décision

[107] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'écartier la preuve et d'inscrire un verdict d'acquiescement.

*Pourvoi rejeté, les juges LEBEL et FISH sont dissidents.*

*Procureur de l'appelant : Nova Scotia Legal Aid, Halifax.*

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

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

**Her Majesty The Queen in Right of  
the Province of Newfoundland and  
Labrador** *Appellant*

v.

**AbitibiBowater Inc., Abitibi-Consolidated  
Inc., Bowater Canadian Holdings Inc.,  
Ad Hoc Committee of Bondholders,  
Ad Hoc Committee of Senior Secured  
Noteholders and U.S. Bank National  
Association (Indenture Trustee for the Senior  
Secured Noteholders)** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Attorney  
General of Ontario, Attorney General of  
British Columbia, Attorney General of  
Alberta, Her Majesty The Queen in Right  
of British Columbia, Ernst & Young Inc.,  
as Monitor, and Friends of the Earth  
Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: NEWFOUNDLAND AND LABRADOR v.  
ABITIBIBOWATER INC.**

**2012 SCC 67**

File No.: 33797.

2011: November 16; 2012: December 7.

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

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

*Bankruptcy and Insolvency — Provable claims —  
Contingent claims — Corporation filing for insolvency  
protection — Province issuing environmental protection  
orders against corporation and seeking declaration  
that orders not “claims” under Companies’ Creditors  
Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”), and  
not subject to claims procedure order — Whether envi-  
ronmental protection orders are monetary claims that*

**Sa Majesté la Reine du chef de la  
province de Terre-Neuve-et-  
Labrador** *Appelante*

c.

**AbitibiBowater Inc., Abitibi-Consolidated  
Inc., Bowater Canadian Holdings Inc.,  
comité ad hoc des créanciers obligataires,  
comité ad hoc des porteurs de billets garantis  
de premier rang et U.S. Bank National  
Association (fiduciaire désigné par l’acte  
constitutif pour les porteurs de billets  
garantis de premier rang)** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada, procureur  
général de l’Ontario, procureur général de la  
Colombie-Britannique, procureur général de  
l’Alberta, Sa Majesté la Reine du chef de la  
Colombie-Britannique, Ernst & Young Inc.,  
en sa qualité de contrôleur, et Les Ami(e)s de  
la Terre Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR c.  
ABITIBIBOWATER INC.**

**2012 CSC 67**

N° du greffe : 33797.

2011 : 16 novembre; 2012 : 7 décembre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC**

*Faillite et insolvabilité — Réclamations prouva-  
bles — Réclamations éventuelles — Demande de pro-  
tection contre l’insolvabilité par une société — Ordon-  
nances environnementales émises par la province contre  
la société et demande, par la province, d’un jugement  
déclarant que les ordonnances ne constituent pas des  
« réclamations » aux termes de la Loi sur les arrange-  
ments avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985,*

*can be compromised in corporate restructuring under CCAA — Whether CCAA is ultra vires or constitutionally inapplicable by permitting court to determine whether environmental order is a monetary claim.*

A was involved in industrial activity in Newfoundland and Labrador (the “Province”). In a period of general financial distress, it ended its last operation there, filed for insolvency protection in the United States and obtained a stay of proceedings under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). The Province subsequently issued five orders under the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2, requiring A to submit remediation action plans for five industrial sites it had occupied, three of which had been expropriated by the Province, and to complete the remediation actions. The Province also brought a motion for a declaration that a claims procedure order issued under the CCAA in relation to A’s proposed reorganization did not bar the Province from enforcing the environmental protection orders. The Province argued that the environmental protection orders were not “claims” under the CCAA and therefore could not be stayed and subject to a claims procedure order. It further argued that Parliament lacked the constitutional competence under its power to make laws in relation to bankruptcy and insolvency to stay orders that were validly made in the exercise of a provincial power. A contested the motion, arguing that the orders were monetary in nature and hence fell within the definition of the word “claim” in the claims procedure order. The CCAA court dismissed the Province’s motion. The Court of Appeal denied the Province leave to appeal.

*Held* (McLachlin C.J. and LeBel J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.: Not all orders issued by regulatory bodies are monetary in nature and thus provable claims in an insolvency proceeding, but some may be, even if the amounts involved are not quantified

*ch. C-36 (« LACC »), et qu’elles ne sont pas assujetties à l’ordonnance relative à la procédure de réclamations — Les ordonnances environnementales constituent-elles des réclamations pécuniaires pouvant faire l’objet d’une transaction dans le cadre d’une restructuration sous le régime de la LACC? — La LACC est-elle ultra vires ou constitutionnellement inapplicable en permettant au tribunal de déterminer si une ordonnance environnementale constitue une réclamation pécuniaire?*

A a poursuivi des activités industrielles à Terre-Neuve-et-Labrador (la « province »). Dans une période de grandes difficultés financières, elle a mis un terme à ses activités dans la province, elle a présenté une demande de protection contre l’insolvabilité aux États-Unis et elle a obtenu une suspension des procédures en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). La province a par la suite prononcé cinq ordonnances environnementales en vertu de l’*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2, contraignant A à présenter des plans de restauration pour cinq sites industriels qu’elle avait occupés, dont trois avaient été expropriés par la province, et à réaliser les plans de restauration approuvés. La province a également demandé par requête un jugement déclarant qu’une ordonnance relative à la procédure de réclamations rendue aux termes de la LACC dans le cadre de la réorganisation proposée de A n’empêchait pas la province d’exécuter les ordonnances environnementales. La province a plaidé que les ordonnances environnementales ne constituent pas des « réclamations » au sens de la LACC et que leur exécution ne peut donc être suspendue ni être assujettie à une ordonnance relative à la procédure de réclamations. Elle a de plus fait valoir que le pouvoir du Parlement de légiférer en matière de faillite et d’insolvabilité ne lui confère pas la compétence constitutionnelle pour suspendre l’application des ordonnances prononcées dans l’exercice valide de pouvoirs provinciaux. A a contesté la requête et a soutenu que les ordonnances étaient de nature pécuniaire et qu’elles étaient donc visées par la définition du terme « réclamation » utilisé dans l’ordonnance relative à la procédure de réclamations. Le juge chargé d’appliquer la LACC a rejeté la requête de la province et la Cour d’appel a rejeté la demande d’autorisation d’appel de la province.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et le juge LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis : Les ordonnances des organismes administratifs ne sont pas toutes de nature pécuniaire, et donc des réclamations prouvables dans le cadre de procédures d’insolvabilité, mais

at the outset of the proceedings. In the environmental context, the *CCAA* court must determine whether there are sufficient facts indicating the existence of an environmental duty that will ripen into a financial liability owed to the regulatory body that issued the order. In such a case, the relevant question is not simply whether the body has formally exercised its power to claim a debt. A *CCAA* court does not assess claims or orders on the basis of form alone. If the order is not framed in monetary terms, the *CCAA* court must determine, in light of the factual matrix and the applicable statutory framework, whether it is a claim that will be subject to the claims process.

There are three requirements orders must meet in order to be considered claims that may be subject to the insolvency process in a case such as the one at bar. First, there must be a debt, a liability or an obligation to a creditor. In this case, the first criterion was met because the Province had identified itself as a creditor by resorting to environmental protection enforcement mechanisms. Second, the debt, liability or obligation must be incurred as of a specific time. This requirement was also met since the environmental damage had occurred before the time of the *CCAA* proceedings. Third, it must be possible to attach a monetary value to the debt, liability or obligation. The present case turns on this third requirement, and the question is whether orders that are not expressed in monetary terms can be translated into such terms.

A claim may be asserted in insolvency proceedings even if it is contingent on an event that has not yet occurred. The criterion used by courts to determine whether a contingent claim will be included in the insolvency process is whether the event that has not yet occurred is too remote or speculative. In the context of an environmental protection order, this means that there must be sufficient indications that the regulatory body that triggered the enforcement mechanism will ultimately perform remediation work and assert a monetary claim. If there is sufficient certainty in this regard, the court will conclude that the order can be subject to the insolvency process.

certaines peuvent l'être en dépit du fait qu'elles ne sont pas quantifiées dès le début des procédures. En matière environnementale, le tribunal chargé de l'application de la *LACC* doit déterminer s'il y a suffisamment de faits indiquant qu'il existe une obligation environnementale de laquelle résultera une dette envers l'organisme administratif qui a prononcé l'ordonnance. En pareil cas, la question pertinente ne se résume pas à déterminer si l'organisme a formellement exercé son pouvoir de réclamer une dette. Le tribunal qui évalue une réclamation ou une ordonnance ne se limite pas à un examen de sa forme. Si l'ordonnance n'est pas formulée en termes pécuniaires, le tribunal doit déterminer, en fonction des faits en cause et du cadre législatif applicable, si elle constitue une réclamation qui sera assujettie au processus de réclamation.

Pour qu'elles constituent des réclamations pouvant être assujetties au processus applicable en matière d'insolvabilité dans une affaire telle celle en l'espèce, les ordonnances doivent satisfaire à trois conditions. Premièrement, il doit s'agir d'une dette, d'un engagement ou d'une obligation envers un créancier. En l'espèce, il a été satisfait à la première condition puisque la province s'est présentée comme créancière en ayant recours aux mécanismes d'application en matière de protection de l'environnement. Deuxièmement, la dette, l'engagement ou l'obligation doit avoir pris naissance à un moment précis. Il a également été satisfait à cette condition puisque les dommages environnementaux sont survenus avant que les procédures en vertu de la *LACC* ne soient entamées. Troisièmement, il doit être possible d'attribuer une valeur pécuniaire à cette dette, cet engagement ou cette obligation. La présente affaire est centrée sur cette troisième condition, et la question est de savoir si des ordonnances qui ne sont pas formulées en termes pécuniaires peuvent être formulées en de tels termes.

Il est possible de faire valoir une réclamation dans le cadre de procédures d'insolvabilité même si elle dépend d'un événement non encore survenu. Le critère retenu par les tribunaux pour décider si une réclamation éventuelle sera incluse dans le processus d'insolvabilité est celui qui consiste à déterminer si l'événement non encore survenu est trop éloigné ou conjectural. Dans le contexte d'une ordonnance environnementale, cela signifie qu'il doit y avoir des indications suffisantes permettant de conclure que l'organisme administratif qui a eu recours aux mécanismes d'application de la loi effectuera en fin de compte des travaux de décontamination et présentera une réclamation pécuniaire. Si cela est suffisamment certain, le tribunal conclura que l'ordonnance peut être assujettie au processus d'insolvabilité.

Certain indicators can guide the CCAA court in this assessment, including whether the activities are ongoing, whether the debtor is in control of the property, and whether the debtor has the means to comply with the order. The court may also consider the effect that requiring the debtor to comply with the order would have on the insolvency process. The analysis is grounded in the facts of each case. In this case, the CCAA court's assessment of the facts, particularly its finding that the orders were the first step towards performance of the remediation work by the Province, leads to no conclusion other than that it was sufficiently certain that the Province would perform remediation work and therefore fall within the definition of a creditor with a monetary claim.

Subjecting such orders to the claims process does not extinguish the debtor's environmental obligations any more than subjecting any creditor's claim to that process extinguishes the debtor's obligation to pay a debt. It merely ensures that the Province's claim will be paid in accordance with insolvency legislation. Full compliance with orders that are found to be monetary in nature would shift the costs of remediation to third party creditors and replace the polluter-pay principle with a "third-party-pay" principle. Moreover, to subject environmental protection orders to the claims process is not to invite corporations to restructure in order to rid themselves of their environmental liabilities. Reorganization made necessary by insolvency is hardly ever a deliberate choice, and when the risks corporations engage in materialize, the dire costs are borne by almost all stakeholders.

Because the provisions on the assessment of claims in insolvency matters relate directly to Parliament's jurisdiction, the ancillary powers doctrine is not relevant to this case. The interjurisdictional immunity doctrine is also inapplicable, because a finding that a claim of an environmental creditor is monetary in nature does not interfere in any way with the creditor's activities; its claim is simply subject to the insolvency process.

*Per McLachlin C.J. (dissenting): Remediation orders made under a province's environmental protection*

Certains indicateurs permettent de guider le tribunal dans cette analyse, notamment si les activités se poursuivent, si le débiteur exerce un contrôle sur le bien et s'il dispose des moyens de se conformer à l'ordonnance. Il est également possible pour le tribunal de prendre en compte les conséquences qu'entraînerait sur le processus d'insolvabilité le fait d'exiger du débiteur qu'il se conforme à l'ordonnance. L'analyse est fondée sur les faits propres à chaque cas. En l'espèce, l'appréciation des faits par le tribunal, plus particulièrement sa constatation que les ordonnances constituaient la première étape en vue de la décontamination des sites par la province, ne permet de tirer aucune conclusion autre que celle suivant laquelle il était suffisamment certain que la province exécuterait des travaux de décontamination et qu'elle était par conséquent visée par la définition d'un créancier ayant une réclamation pécuniaire.

Le fait d'assujettir ces ordonnances au processus de réclamations n'éteint pas les obligations environnementales qui incombent au débiteur, pas plus que le fait de soumettre à ce processus les réclamations des créanciers n'éteint l'obligation du débiteur de payer ses dettes. Le fait d'assujettir une ordonnance au processus de réclamation vise simplement à faire en sorte que le paiement au créancier sera fait conformément aux dispositions législatives applicables en matière d'insolvabilité. Le respect intégral des ordonnances dont la nature pécuniaire est reconnue transférerait le coût de la décontamination aux tiers créanciers et substituerait au principe du pollueur-payeur celui du « tiers-payeur ». En outre, l'assujettissement des ordonnances environnementales à la procédure de réclamations n'équivaut pas à convier les sociétés à se réorganiser dans le but d'échapper à leurs obligations environnementales. Une réorganisation rendue nécessaire par l'insolvabilité de la société peut difficilement être assimilée à un choix délibéré, et lorsque les risques auxquels s'exposent les sociétés se concrétisent, la quasi-totalité des personnes ayant des intérêts dans la société en supportent les terribles coûts.

L'application de la doctrine des pouvoirs accessoires n'est pas pertinente en l'espèce car les dispositions régissant l'évaluation des réclamations en matière d'insolvabilité sont directement reliées à la compétence du législateur fédéral. La doctrine de la protection des compétences exclusives ne s'applique pas non plus parce qu'une conclusion selon laquelle un créancier œuvrant dans le domaine de l'environnement détient une réclamation pécuniaire ne modifie en rien les activités de ce créancier; sa réclamation est simplement assujettie au processus d'insolvabilité.

*La juge en chef McLachlin (dissidente) : Les ordonnances exigeant la décontamination émises aux termes*



legislation impose ongoing regulatory obligations on the corporation required to clean up the pollution. They may only be reduced to monetary claims which can be compromised under *CCAA* proceedings in narrow circumstances where a province has done the remediation work, or where it is “sufficiently certain” that it will do the work. This last situation is regulated by the provisions of the *CCAA* for contingent or future claims. The test is whether there is a likelihood approaching certainty that the province will do the work. “Likelihood approaching certainty” recognizes that the government’s decision is discretionary and may be influenced by competing political and social considerations, which are not normally subject to judicial consideration. Insofar as this determination touches on the division of powers, I am in substantial agreement with Deschamps J.

Apart from the orders related to the work done or tendered for on the Buchans property, the orders for remediation in this case are not claims that can be compromised. The *CCAA* maintains the fundamental distinction between regulatory obligations under the general law aimed at the protection of the public and monetary claims that can be compromised in *CCAA* restructuring or bankruptcy. The *CCAA* judge never asked himself the critical question of whether it was “sufficiently certain” that the Province would do the work itself. His failure to consider that question requires this Court to answer it in his stead. There is nothing on the record to support the view that the Province will move to remediate the properties. It has not been shown that the contamination poses immediate health risks which must be addressed without delay. It has not been shown that the Province has taken any steps to do any work. And it has not been shown that the Province has set aside or even contemplated setting aside money for this work. The Province retained a number of options, including leaving the sites contaminated, or calling on Abitibi to remediate following its emergence from restructuring. There is nothing in the record that makes it more probable, much less establishes “sufficient certainty”, that the Province will opt to do the work itself.

d’une loi provinciale sur la protection de l’environnement imposent des exigences réglementaires continues à la personne morale requise de remédier à la pollution. Ces ordonnances ne peuvent être converties en réclamations pécuniaires pouvant faire l’objet de transactions dans le cadre de procédures engagées aux termes de la *LACC* que dans certaines circonstances particulières, lorsqu’une province a exécuté les travaux ou lorsqu’il est « suffisamment certain » qu’elle exécutera les travaux. Cette deuxième situation est prévue par les dispositions de la *LACC* relatives aux réclamations éventuelles ou futures. Le critère consiste à déterminer s’il existe une probabilité proche de la certitude que la province exécutera les travaux. Une « probabilité proche de la certitude » reconnaît que la décision du gouvernement est discrétionnaire et peut être influencée par des considérations politiques et sociales concurrentes qui sont normalement soustraites à l’examen judiciaire. Dans la mesure où cette décision touche le partage des pouvoirs, je souscris pour l’essentiel à l’opinion exprimée par la juge Deschamps.

À l’exception des ordonnances relatives aux travaux sur le site de Buchans déjà exécutés ou à l’égard desquels des appels d’offres ont été lancés, les ordonnances exigeant la décontamination en l’espèce ne constituent pas des réclamations pouvant faire l’objet de transactions dans le cadre d’une restructuration. La *LACC* établit une distinction fondamentale entre les exigences réglementaires découlant d’une loi d’application générale visant la protection du public, d’une part, et les réclamations pécuniaires pouvant faire l’objet d’une transaction dans le cadre d’une restructuration engagée sous le régime de la *LACC* ou en matière de faillite, d’autre part. Le juge de première instance ne s’est jamais posé la question cruciale de savoir s’il était « suffisamment certain » que la province exécuterait elle-même les travaux. Le fait qu’il n’ait pas examiné cette question oblige notre Cour à y répondre à sa place. Aucune preuve au dossier ne laisse croire que la province entreprendra la décontamination des sites. Il n’a pas été démontré que la contamination pose pour la santé des risques immédiats exigeant la prise de mesures dans les plus brefs délais. Il n’a pas été démontré que la province a pris quelque mesure que ce soit pour réaliser des travaux. Et il n’a pas été démontré que la province a prévu des sommes d’argent pour ces travaux ou qu’elle a même songé à en prévoir. La province a conservé un certain nombre de choix, notamment laisser les sites contaminés, ou demander à Abitibi d’exécuter les travaux lorsqu’elle aura complété sa restructuration. Rien au dossier n’indique qu’il est plus probable, et encore moins qu’il est « suffisamment certain », que la province choisira d’exécuter elle-même la décontamination.

*Per* LeBel J. (dissenting): The test proposed by the Chief Justice according to which the evidence must show that there is a “likelihood approaching certainty” that the Province would remediate the contamination itself is not the established test for determining where and how a contingent claim can be liquidated in bankruptcy and insolvency law. The test of “sufficient certainty” described by Deschamps J. best reflects how both the common law and the civil law view and deal with contingent claims. Applying that test, the appeal should be allowed on the basis that there is no evidence that the Province intends to perform the remedial work itself.

### Cases Cited

By Deschamps J.

**Distinguished:** *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45; **referred to:** *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Canada v. McLarty*, 2008 SCC 26, [2008] 2 S.C.R. 79; *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75; *Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, 2003 SCC 58, [2003] 2 S.C.R. 624.

By McLachlin C.J. (dissenting)

*Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45; *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534; *Shirley (Re)* (1995), 129 D.L.R. (4th) 105; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Air Canada, Re [Regulators’ motions]* (2003), 28 C.B.R. (5th) 52; *General Chemical Canada Ltd., Re*, 2007 ONCA 600, 228 O.A.C. 385; *Strathcona (County) v. PriceWaterhouseCoopers Inc.*, 2005 ABQB 559, 47 Alta. L.R. (4th) 138; *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75; *Anvil Range Mining Corp., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 1; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

### Statutes and Regulations Cited

*Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act*, S.N.L. 2008, c. A-1.01.  
*Act to amend the Bankruptcy Act and to amend the Income Tax Act in consequence thereof*, S.C. 1992, c. 27, s. 9.  
*Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Income Tax Act*, S.C. 1997, c. 12.

*Le juge* LeBel (dissident) : Le critère que propose le Juge en chef, selon lequel la preuve doit démontrer une « probabilité proche de la certitude » que la province se chargerait de la décontamination, ne constitue pas le critère établi pour déterminer si, et de quelle façon, une réclamation éventuelle peut être liquidée en droit de la faillite et de l’insolvabilité. Le critère de ce qui est « suffisamment certain » qu’énonce le juge Deschamps reflète mieux la façon dont la common law et le droit civil envisagent et traitent les réclamations éventuelles. En appliquant ce critère, il y aurait lieu d’accueillir le pourvoi puisqu’aucune preuve ne confirme l’intention de la province d’exécuter elle-même les travaux de décontamination.

### Jurisprudence

Citée par le juge Deschamps

**Distinction d’avec l’arrêt :** *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45; **arrêts mentionnés :** *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Canada c. McLarty*, 2008 CSC 26, [2008] 2 R.C.S. 79; *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75; *Cie pétrolière Impériale Ltée c. Québec (Ministre de l’Environnement)*, 2003 CSC 58, [2003] 2 R.C.S. 624.

Citée par le juge en chef McLachlin (dissidente)

*Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45; *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534; *Shirley (Re)* (1995), 129 D.L.R. (4th) 105; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Air Canada, Re [Regulators’ motions]* (2003), 28 C.B.R. (5th) 52; *General Chemical Canada Ltd., Re*, 2007 ONCA 600, 228 O.A.C. 385; *Strathcona (County) c. PriceWaterhouseCoopers Inc.*, 2005 ABQB 559, 47 Alta. L.R. (4th) 138; *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75; *Anvil Range Mining Corp., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 1; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

### Lois et règlements cités

*Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act*, S.N.L. 2008, ch. A-1.01.  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1497, 1508, 1513.  
*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2, art. 99, 102(3).  
*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l’insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des*

*Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005*, S.C. 2007, c. 36, s. 65.

*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 2 "claim provable in bankruptcy", "creditor", 14.06(8), 121(1), (2), 135(1.1).

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1497, 1508, 1513.

*Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 2(1) "claim", 11, 11.1, 11.8(5), (7), (8), (9), 12(1), (2).

*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2, ss. 99, 102(3).

### Treaties and Other International Instruments

*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, Can. T.S. 1994 No. 2.

### Authors Cited

Baird, Douglas G., and Thomas H. Jackson. "Comment: *Kovacs and Toxic Wastes in Bankruptcy*" (1984), 36 *Stan. L. Rev.* 1199.

Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Industry*, No. 16, 2nd Sess., 35th Parl., June 11, 1996.

Hohfeld, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, new ed. by David Campbell and Philip Thomas, eds. Burlington, Vt.: Ashgate, 2001.

MacCormick, D. N. "Rights in Legislation", in P. M. S. Hacker and J. Raz, eds., *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1977, 189.

Saxe, Dianne. "Trustees' and Receivers' Environmental Liability Update" (1998), 49 C.B.R. (3d) 138.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland J.A.), 2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57, 52 C.E.L.R. (3d) 1, [2010] Q.J. No. 4579 (QL), 2010 CarswellQue 4782, dismissing the appellant's motion for leave to appeal a decision of Gascon J., 2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1, 52 C.E.L.R. (3d) 17, [2010] Q.J. No. 4006 (QL), 2010 CarswellQue 2812. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and LeBel J. dissenting.

*David R. Wingfield, Paul D. Guy and Philip Osborne*, for the appellant.

*compagnies et la Loi de l'impôt sur le revenu*, L.C. 1997, ch. 12.

*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005)*, L.C. 2007, ch. 36, art. 65.

*Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l'impôt sur le revenu en conséquence*, L.C. 1992, ch. 27, art. 9.

*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 2 « créancier », « réclamation prouvable en matière de faillite », 14.06(8), 121(1), (2), 135(1.1).

*Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 2(1) « réclamation », 11, 11.1, 11.8(5), (7), (8), (9), 12(1), (2).

### Traités et autres instruments internationaux

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, R.T. Can. 1994 n° 2.

### Doctrine et autres documents cités

Baird, Douglas G., and Thomas H. Jackson. « Comment : *Kovacs and Toxic Wastes in Bankruptcy* » (1984), 36 *Stan. L. Rev.* 1199.

Canada. Chambre des communes. *Témoignages du Comité permanent de l'industrie*, n° 16, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 11 juin 1996.

Hohfeld, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, new ed. by David Campbell and Philip Thomas, eds. Burlington, Vt. : Ashgate, 2001.

MacCormick, D. N. « Rights in Legislation », in P. M. S. Hacker and J. Raz, eds., *Law, Morality, and Society : Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford : Clarendon Press, 1977, 189.

Saxe, Dianne. « Trustees' and Receivers' Environmental Liability Update » (1998), 49 C.B.R. (3d) 138.

POURVOI contre une décision de la Cour d'appel du Québec (le juge Chamberland), 2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57, 52 C.E.L.R. (3d) 1, [2010] Q.J. No. 4579 (QL), 2010 CarswellQue 4782, qui a rejeté la requête de l'appelante pour permission d'en appeler d'un jugement du juge Gascon, 2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1, 52 C.E.L.R. (3d) 17, [2010] Q.J. No. 4006 (QL), 2010 CarswellQue 2812. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel sont dissidents.

*David R. Wingfield, Paul D. Guy et Philip Osborne*, pour l'appelante.

*Sean F. Dunphy, Nicholas McHaffie, Joseph Reynaud and Marc B. Barbeau*, for the respondents.

*Christopher Rupar and Marianne Zoric*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Josh Hunter, Robin K. Basu, Leonard Marsello and Mario Faieta*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*R. Richard M. Butler*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Roderick Wiltshire*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Elizabeth J. Rowbotham*, for the intervener Her Majesty The Queen in Right of British Columbia.

*Robert I. Thornton, John T. Porter and Rachelle F. Moncur*, for the intervener Ernst & Young Inc., as Monitor.

*William A. Amos, Anastasia M. Lintner, Hugh S. Wilkins and R. Graham Phoenix*, for the intervener the Friends of the Earth Canada.

The judgment of Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — The question in this appeal is whether orders issued by a regulatory body with respect to environmental remediation work can be treated as monetary claims under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA").

[2] Regulatory bodies may become involved in reorganization proceedings when they order the debtor to comply with statutory rules. As a matter of principle, reorganization does not amount to a licence to disregard rules. Yet there are circumstances in which valid and enforceable orders will be subject to an arrangement under the CCAA. One such circumstance is where a regulatory body

*Sean F. Dunphy, Nicholas McHaffie, Joseph Reynaud et Marc B. Barbeau*, pour les intimés.

*Christopher Rupar et Marianne Zoric*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Josh Hunter, Robin K. Basu, Leonard Marsello et Mario Faieta*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*R. Richard M. Butler*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Roderick Wiltshire*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Elizabeth J. Rowbotham*, pour l'intervenante Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique.

*Robert I. Thornton, John T. Porter et Rachelle F. Moncur*, pour l'intervenante Ernst & Young Inc., en sa qualité de contrôleur.

*William A. Amos, Anastasia M. Lintner, Hugh S. Wilkins et R. Graham Phoenix*, pour l'intervenant Les Ami(e)s de la Terre Canada.

Version française du jugement des juges Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si des ordonnances d'un organisme administratif relatives à des travaux de décontamination peuvent être traitées comme des réclamations pécuniaires aux termes de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »).

[2] Un organisme administratif peut être appelé à intervenir dans le cadre de procédures de réorganisation lorsqu'il prononce une ordonnance intimant au débiteur de se conformer à une règle prescrite par la loi. En principe, une réorganisation ne permet pas à une personne d'ignorer ses obligations légales. Par ailleurs, en certaines circonstances, une ordonnance valable et exécutoire sera assujettie

makes an environmental order that explicitly asserts a monetary claim.

[3] In other circumstances, it is less clear whether an order can be treated as a monetary claim. The appellant and a number of interveners posit that an order issued by an environmental body is not a claim under the *CCAA* if the order does not require the debtor to make a payment. I agree that not all orders issued by regulatory bodies are monetary in nature and thus provable claims in an insolvency proceeding, but some may be, even if the amounts involved are not quantified at the outset of the proceeding. In the environmental context, the *CCAA* court must determine whether there are sufficient facts indicating the existence of an environmental duty that will ripen into a financial liability owed to the regulatory body that issued the order. In such a case, the relevant question is not simply whether the body has formally exercised its power to claim a debt. A *CCAA* court does not assess claims — or orders — on the basis of form alone. If the order is not framed in monetary terms, the court must determine, in light of the factual matrix and the applicable statutory framework, whether it is a claim that will be subject to the claims process.

[4] The case at bar concerns contamination that occurred, prior to the *CCAA* proceedings, on property that is largely no longer under the debtor's possession and control. The *CCAA* court found on the facts of this case that the orders issued by Her Majesty the Queen in right of the Province of Newfoundland and Labrador ("Province") were simply a first step towards remediating the contaminated property and asserting a claim for the resulting costs. In the words of the *CCAA* court, "the intended, practical and realistic effect of the EPA Orders was to establish a basis for the Province to

à un arrangement conclu en vertu de la *LACC*. C'est le cas notamment lorsqu'un organisme administratif prononce une ordonnance environnementale qui est explicitement formulée en termes pécuniaires.

[3] En d'autres circonstances, il est plus difficile de savoir si une ordonnance peut être traitée comme une réclamation pécuniaire. L'appelante et certains des intervenants affirment qu'une ordonnance émise par un organisme de protection de l'environnement ne constitue pas une réclamation au sens de la *LACC* si elle n'exige pas du débiteur qu'il lui paye un montant d'argent. Je conviens que les ordonnances des organismes administratifs ne constituent pas toutes des réclamations pécuniaires, et donc des réclamations prouvables dans le cadre de procédures d'insolvabilité, mais certaines peuvent l'être en dépit du fait qu'elles ne sont pas quantifiées dès le début des procédures. En matière environnementale, le tribunal chargé de l'application de la *LACC* doit déterminer s'il y a suffisamment de faits indiquant qu'il existe une obligation environnementale de laquelle résultera une dette envers l'organisme administratif qui a prononcé l'ordonnance. En pareil cas, la question pertinente ne se résume pas à déterminer si l'organisme a formellement exercé son pouvoir de réclamer une dette. Lorsque le tribunal évalue une réclamation (ou une ordonnance) il ne se limite pas à un examen de sa forme. Si l'ordonnance n'est pas formulée en termes pécuniaires, le tribunal doit déterminer, en fonction des faits en cause et du cadre législatif applicable, si elle constitue une réclamation qui sera assujettie au processus de réclamation.

[4] Le présent pourvoi a trait à des dommages environnementaux survenus avant que les procédures sous le régime de la *LACC* ne soient engagées, des dommages causés à des terrains qui, en majeure partie, ne sont plus en la possession du débiteur ni sous son contrôle. Le tribunal de première instance a conclu, selon les faits en l'espèce, que les ordonnances émises par Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve-et-Labrador (« province ») ne constituaient que la première étape en vue de restaurer les sites contaminés et de réclamer les coûts engagés. Comme l'a exprimé le juge de

recover amounts of money to be eventually used for the remediation of the properties in question” (2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1, at para. 211). As a result, the CCAA court found that the orders were clearly monetary in nature. I see no error of law and no reason to interfere with this finding of fact. I would dismiss the appeal with costs.

### I. Facts and Procedural History

[5] For over 100 years, AbitibiBowater Inc. and its affiliated or predecessor companies (together, “Abitibi”) were involved in industrial activity in Newfoundland and Labrador. In 2008, Abitibi announced the closure of a mill that was its last operation in that province.

[6] Within two weeks of the announcement, the Province passed the *Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act*, S.N.L. 2008, c. A-1.01 (“*Abitibi Act*”), which immediately transferred most of Abitibi’s property in Newfoundland and Labrador to the Province and denied Abitibi any legal remedy for this expropriation.

[7] The closure of its mill in Newfoundland and Labrador was one of many decisions Abitibi made in a period of general financial distress affecting its activities both in the United States and in Canada. It filed for insolvency protection in the United States on April 16, 2009. It also sought a stay of proceedings under the CCAA in the Superior Court of Quebec, as its Canadian head office was located in Montréal. The CCAA stay was ordered on April 17, 2009.

[8] In the same month, Abitibi also filed a notice of intent to submit a claim to arbitration under NAFTA (the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*,

première instance, [TRADUCTION] « les ordonnances avaient pour effet attendu, pratique et réaliste d’établir le fondement d’une réclamation permettant à la province de récupérer des sommes d’argent qui seraient utilisées pour procéder aux travaux de décontamination » (2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1, par. 211). Par conséquent, pour le tribunal, les ordonnances étaient clairement de nature pécuniaire. Je ne vois aucune erreur de droit ni aucune raison de modifier ces conclusions de fait. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

### I. Faits et historique judiciaire

[5] Pendant plus d’une centaine d’années, AbitibiBowater Inc., et ses auteurs ou sociétés filiales (ensemble, « Abitibi ») ont poursuivi des activités industrielles à Terre-Neuve-et-Labrador. En 2008, Abitibi a annoncé la fermeture de la dernière des scieries qu’elle exploitait dans cette province.

[6] Dans les deux semaines qui ont suivi cette annonce, la province a adopté l’*Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act*, S.N.L. 2008, ch. A-1.01 (« *Abitibi Act* »), qui transférait immédiatement à la province la plus grande partie des biens d’Abitibi situés à Terre-Neuve-et-Labrador et privait la société de tous recours judiciaires en relation avec cette expropriation.

[7] La fermeture de sa scierie à Terre-Neuve-et-Labrador est l’une des nombreuses décisions prises par Abitibi dans une période où de grandes difficultés financières touchaient ses activités au Canada et aux États-Unis. Le 16 avril 2009, elle a présenté une demande de protection contre l’insolvabilité aux États-Unis. Elle a également demandé à la Cour supérieure du Québec, à Montréal, où elle a son siège social au Canada, une suspension des procédures en vertu de la LACC. La suspension a été ordonnée le 17 avril 2009.

[8] Au cours du même mois, Abitibi a aussi déposé un avis d’intention de soumettre une plainte à l’arbitrage en vertu de l’ALENA (*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*,

Can. T.S. 1994 No. 2) for losses resulting from the *Abitibi Act*, which, according to Abitibi, exceeded \$300 million.

[9] On November 12, 2009, the Province’s Minister of Environment and Conservation (“Minister”) issued five orders (the “*EPA Orders*”) under s. 99 of the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2 (“*EPA*”). The *EPA Orders* required Abitibi to submit remediation action plans to the Minister for five industrial sites, three of which had been expropriated, and to complete the approved remediation actions. The *CCAA* judge estimated the cost of implementing these plans to be from “the mid-to-high eight figures” to “several times higher” (para. 81).

[10] On the day it issued the *EPA Orders*, the Province brought a motion for a declaration that a claims procedure order issued under the *CCAA* in relation to Abitibi’s proposed reorganization did not bar the Province from enforcing the *EPA Orders*. The Province argued — and still argues — that non-monetary statutory obligations are not “claims” under the *CCAA* and hence cannot be stayed and be subject to a claims procedure order. It further submits that Parliament lacks the constitutional competence under its power to make laws in relation to bankruptcy and insolvency to stay orders that are validly made in the exercise of a provincial power.

[11] Abitibi contested the motion and sought a declaration that the *EPA Orders* were stayed and that they were subject to the claims procedure order. It argued that the *EPA Orders* were monetary in nature and hence fell within the definition of the word “claim” in the claims procedure order.

R.T. Can. 1994 n° 2) relativement à des pertes découlant de l’application de l’*Abitibi Act*, lesquelles totalisaient, selon Abitibi, une somme supérieure à 300 millions de dollars.

[9] Le 12 novembre 2009, le ministre provincial de l’Environnement et de la Conservation (« ministre ») a prononcé, en vertu de l’art. 99 de l’*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2 (« *EPA* »), cinq ordonnances (les « ordonnances *EPA* ») contraignant Abitibi à présenter au ministre des plans de restauration pour cinq sites industriels, dont trois avaient été expropriés, et à réaliser les plans de restauration approuvés. Le juge chargé de l’instance instituée sous le régime de la *LACC* a évalué les coûts de la mise en œuvre de ces plans à une somme se situant [TRADUCTION] « entre cinquante et cent millions de dollars », ou « plusieurs fois plus élevée » (par. 81).

[10] Le jour même où elle émettait les ordonnances *EPA*, la province a demandé par requête un jugement déclarant qu’une ordonnance relative à la procédure de réclamations rendue aux termes de la *LACC* dans le cadre de la réorganisation proposée d’Abitibi n’empêchait pas la province d’exécuter les ordonnances *EPA*. La province a soutenu — et soutient toujours — que des obligations légales de nature non pécuniaire ne constituent pas des « réclamations » au sens de la *LACC* et que leur exécution ne peut donc être suspendue ni être assujettie à une ordonnance relative à la procédure de réclamations. Elle fait de plus valoir que le pouvoir du Parlement de légiférer en matière de faillite et d’insolvabilité ne lui confère pas la compétence constitutionnelle pour suspendre l’application des ordonnances prononcées dans l’exercice valide de pouvoirs provinciaux.

[11] Abitibi a contesté la requête et a demandé un jugement déclarant que les ordonnances *EPA* avaient été suspendues et qu’elles étaient assujetties à l’ordonnance relative à la procédure de réclamations. Abitibi a soutenu que les ordonnances *EPA* étaient de nature pécuniaire et qu’elles étaient donc visées par la définition du terme « réclamation » utilisé dans l’ordonnance relative à la procédure de réclamations.

[12] Gascon J. of the Quebec Superior Court, sitting as a CCAA court, dismissed the Province's motion. He found that he had the authority to characterize the orders as "claims" if the underlying regulatory obligations "remain[ed], in a particular fact pattern, truly financial and monetary in nature" (para. 148). He declared that the EPA Orders were stayed by the initial stay order and were not subject to the exception found in that order. He also declared that the filing by the Province of any claim based on the EPA Orders was subject to the claims procedure order, and reserved to the Province the right to request an extension of time to assert a claim under the claims procedure order and to Abitibi the right to contest such a request.

[13] In the Court of Appeal, Chamberland J.A. denied the Province leave to appeal (2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57). In his view, the appeal had no reasonable chance of success, because Gascon J. had found as a fact that the EPA Orders were financial or monetary in nature. Chamberland J.A. also found that no constitutional issue arose, given that the Superior Court judge had merely characterized the orders in the context of the restructuring process; the judgment did not "'immunise' Abitibi from compliance with the EPA Orders" (para. 33). Finally, he noted that Gascon J. had reserved the Province's right to request an extension of time to file a claim in the CCAA process.

## II. Positions of the Parties

[14] The Province argues that the CCAA court erred in interpreting the relevant CCAA provisions in a way that nullified the EPA, and that the interpretation is inconsistent with both the ancillary powers doctrine and the doctrine of interjurisdictional immunity. The Province further submits

[12] Le juge Gascon de la Cour supérieure du Québec, siégeant aux termes de la LACC, a rejeté la requête de la province. Il a statué qu'il avait le pouvoir de qualifier les ordonnances de « réclamations » si les obligations légales sous-jacentes [TRADUCTION] « demeur[ai]ent, dans une situation factuelle particulière, de nature véritablement financière et pécuniaire » (par. 148). Il a déclaré que les ordonnances EPA avaient été suspendues en vertu de l'ordonnance de suspension initiale et qu'elles n'étaient pas visées par l'exception énoncée dans cette ordonnance. Il a également déclaré que la présentation, par la province, de toute réclamation fondée sur les ordonnances EPA était assujettie à l'ordonnance relative à la procédure de réclamations; il a réservé à la province le droit de demander par requête une prorogation du délai pour présenter une réclamation en vertu de la procédure de réclamations et a confirmé le droit d'Abitibi de contester une telle requête.

[13] En Cour d'appel, le juge Chamberland a rejeté la demande d'autorisation d'appel présentée par la province (2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57). À son avis, l'appel n'avait aucune chance raisonnable de succès parce que le juge Gascon avait conclu, comme question de faits, que les ordonnances EPA étaient de nature financière ou pécuniaire. Le juge Chamberland a également estimé qu'aucune question constitutionnelle ne se posait, car le juge de la Cour supérieure n'avait fait que qualifier les ordonnances dans le contexte du processus de restructuration; le jugement ne [TRADUCTION] « "soustrayait" pas Abitibi à son obligation de se conformer aux ordonnances EPA » (par. 33). Enfin, il a fait remarquer que le juge Gascon avait réservé à la province le droit de demander la prorogation de délai pour produire une réclamation en vertu de la LACC.

## II. Thèses des parties

[14] La province soutient que le tribunal de première instance a commis l'erreur d'interpréter les dispositions applicables de la LACC de façon à invalider l'EPA et que cette interprétation est incompatible tant avec la doctrine des pouvoirs accessoires qu'avec celle de la protection des compétences



that, in any event, the *EPA* Orders are not “claims” within the meaning of the *CCAA*. It takes the position that “any plan of compromise and arrangement that Abitibi might submit for court approval must make provision for compliance with the *EPA* Orders” (A.F., at para. 32).

[15] Abitibi contends that the factual record does not provide a basis for applying the constitutional doctrines. It relies on the *CCAA* court’s findings of fact, particularly the finding that the Province’s intent was to establish the basis for a monetary claim. Abitibi submits that the true issue is whether a province that has a monetary claim against an insolvent company can obtain a preference against other unsecured creditors by exercising its regulatory power.

### III. Constitutional Questions

[16] At the Province’s request, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Is the definition of “claim” in s. 2(1) of the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, *ultra vires* the Parliament of Canada or constitutionally inapplicable to the extent this definition includes statutory duties to which the debtor is subject pursuant to s. 99 of the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2?

2. Is s. 11 of the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, *ultra vires* the Parliament of Canada or constitutionally inapplicable to the extent this section gives courts jurisdiction to bar or extinguish statutory duties to which the debtor is subject pursuant to s. 99 of the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2?

3. Is s. 11 of the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, *ultra vires* the Parliament of Canada or constitutionally inapplicable to the extent this section gives courts jurisdiction to

exclusives. La province fait de plus valoir que, de toute façon, les ordonnances *EPA* ne constituent pas des « réclamations » au sens de la *LACC*. Elle soutient que [TRADUCTION] « tout plan de transaction et d’arrangement qu’Abitibi pourrait soumettre à l’approbation du tribunal doit prévoir qu’[Abitibi] doit se conformer aux ordonnances *EPA* » (m.a., par. 32).

[15] Abitibi soutient que l’application des doctrines constitutionnelles ne trouve aucun fondement dans les faits du dossier. Elle appuie sa position sur les conclusions de fait tirées par le tribunal de première instance, plus particulièrement celles où le tribunal conclut que l’intention de la province était d’établir le fondement d’une réclamation pécuniaire. Abitibi plaide que la véritable question est de savoir si, par l’exercice de son pouvoir de réglementation, une province ayant une réclamation pécuniaire à faire valoir contre une entreprise insolvable peut obtenir une préférence à l’encontre d’autres créanciers non garantis.

### III. Questions constitutionnelles

[16] À la demande de la province, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. La définition d’une « réclamation » énoncée au par. 2(1) de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, outrepasset-elle les pouvoirs du Parlement du Canada ou est-elle constitutionnellement inapplicable dans la mesure où elle englobe les obligations légales auxquelles le débiteur est assujéti en application de l’art. 99 de l’*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2?

2. L’article 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, outrepasset-il les pouvoirs du Parlement du Canada ou est-il constitutionnellement inapplicable dans la mesure où il confère aux tribunaux la compétence pour libérer le débiteur des obligations légales auxquelles il est ou pourrait être assujéti en application de l’art. 99 de l’*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2?

3. L’article 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, outrepasset-il les pouvoirs du Parlement du Canada ou est-il constitutionnellement inapplicable dans la mesure

review the exercise of ministerial discretion under s. 99 of the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2?

[17] I note that the question whether a CCAA court has constitutional jurisdiction to stay a provincial order that is *not* a monetary claim does not arise here, because the stay order in this case did not affect non-monetary orders. However, the question may arise in other cases. In 2007, Parliament expressly gave CCAA courts the power to stay regulatory orders that are not monetary claims by amending the CCAA to include the current version of s. 11.1(3) (*An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005*, S.C. 2007, c. 36, s. 65) (the "2007 amendments"). Thus, future cases may give courts the opportunity to consider the question raised by the Province in an appropriate factual context. The only constitutional question that needs to be answered in this case concerns the jurisdiction of a CCAA court to determine whether an environmental order that is not framed in monetary terms is in fact a monetary claim.

[18] Processing creditors' claims against an insolvent debtor in an equitable and orderly manner is at the heart of insolvency legislation, which falls under a head of power attributed to Parliament. Rules concerning the assessment of creditors' claims, such as the determination of whether a creditor has a monetary claim, relate directly to the equitable and orderly treatment of creditors in an insolvency process. There is no need to perform a detailed analysis of the pith and substance of the provisions on the assessment of claims in insolvency matters to conclude that the federal legislation governing the characterization of an order as a monetary claim is valid. Because the provisions relate directly to Parliament's jurisdiction,

où il confère aux tribunaux la compétence pour réviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par l'art. 99 de l'*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2?

[17] Je souligne que la question de savoir si, aux termes de la LACC, un tribunal a compétence constitutionnelle pour suspendre l'application d'une ordonnance provinciale qui *ne* constitue *pas* une réclamation pécuniaire ne se pose pas en l'espèce parce que l'ordonnance de suspension en cause ne visait pas ces ordonnances. La question pourrait toutefois se poser dans d'autres affaires. En 2007, par l'ajout du par. 11.1(3) de la LACC, le législateur fédéral a explicitement conféré aux tribunaux compétents aux termes de la LACC le pouvoir de suspendre l'application des ordonnances d'un organisme administratif qui ne constituent pas des réclamations pécuniaires (*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005)*, L.C. 2007, ch. 36, art. 65) (les « modifications de 2007 »). Ainsi, les tribunaux auront l'occasion d'analyser la question soulevée par la province lorsque le contexte factuel s'y prêtera. La seule question constitutionnelle qui requiert une réponse en l'espèce a trait à la compétence d'un tribunal, aux termes de la LACC, de déterminer si une ordonnance environnementale qui n'est pas formulée en termes pécuniaires constitue, en fait, une réclamation pécuniaire.

[18] Le traitement équitable et ordonné des réclamations présentées par des créanciers contre un débiteur insolvable se situe au cœur même de la législation en matière d'insolvabilité, un domaine de compétence attribué au législateur fédéral. L'établissement de règles relatives à l'évaluation des réclamations des créanciers, comme celle permettant de déterminer si un créancier fait valoir une réclamation pécuniaire, concerne directement le traitement équitable et ordonné des créanciers dans le cadre d'un processus établi en matière d'insolvabilité. Il n'est pas nécessaire d'analyser en détail le caractère véritable des dispositions régissant l'évaluation des réclamations en matière d'insolvabilité pour conclure à la validité du texte législatif fédéral

the ancillary powers doctrine is not relevant to this case. I also find that the interjurisdictional immunity doctrine is not applicable. A finding that a claim of an environmental creditor is monetary in nature does not interfere in any way with the creditor's activities. Its claim is simply subjected to the insolvency process.

[19] What the Province is actually arguing is that courts should consider the form of an order rather than its substance. I see no reason why the Province's choice of order should not be scrutinized to determine whether the form chosen is consistent with the order's true purpose as revealed by the Province's own actions. If the Province's actions indicate that, in substance, it is asserting a provable claim within the meaning of federal legislation, then that claim can be subjected to the insolvency process. Environmental claims do not have a higher priority than is provided for in the *CCAA*. Considering substance over form prevents a regulatory body from artificially creating a priority higher than the one conferred on the claim by federal legislation. This Court recognized long ago that a province cannot disturb the priority scheme established by the federal insolvency legislation (*Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453). Environmental claims are given a specific, and limited, priority under the *CCAA*. To exempt orders which are in fact monetary claims from the *CCAA* proceedings would amount to conferring upon provinces a priority higher than the one provided for in the *CCAA*.

#### IV. Claims Under the CCAA

[20] Several provisions of the *CCAA* have been amended since Abitibi filed for insolvency

permettant d'établir qu'une ordonnance constitue une réclamation pécuniaire. L'application de la doctrine des pouvoirs accessoires n'est pas pertinente en l'espèce car les dispositions en cause sont directement reliées à la compétence du législateur fédéral. J'estime également que la doctrine de la protection des compétences exclusives ne s'applique pas en l'espèce. Une conclusion selon laquelle un créancier œuvrant dans le domaine de l'environnement détient une réclamation pécuniaire ne modifie en rien les activités de ce créancier. La réclamation de ce dernier est simplement assujettie au processus d'insolvabilité.

[19] Ce que soutient en fait la province, c'est que les tribunaux devraient examiner la forme des ordonnances plutôt que leur substance. Je ne vois aucune raison empêchant l'examen du choix par la province d'un type d'ordonnance donnée afin de déterminer si la forme choisie concorde avec l'objectif véritable qui se dégage des gestes qu'elle a posés. Si ces gestes indiquent qu'elle fait effectivement valoir une réclamation prouvable au sens de la législation fédérale, alors cette réclamation peut être assujettie au processus d'insolvabilité. Les réclamations en matière d'environnement ne bénéficient pas d'un rang supérieur à celui prévu par les dispositions de la *LACC*. Privilégier l'examen de la substance d'une ordonnance plutôt que de sa forme permet d'éviter qu'un organisme administratif obtienne de façon artificielle une priorité de rang supérieure à celle que la législation fédérale attribue à la réclamation. Notre Cour a depuis longtemps reconnu qu'une province ne pouvait perturber les priorités établies par le régime fédéral d'insolvabilité (*Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453). La *LACC* établit une priorité précise et limitée à l'égard des réclamations en matière environnementale. Le fait de soustraire aux procédures d'insolvabilité les ordonnances qui sont en fait des réclamations pécuniaires équivaldrait à accorder aux provinces une priorité d'un rang supérieur à celui prévu par la *LACC*.

#### IV. Réclamations sous le régime de la LACC

[20] Plusieurs dispositions de la *LACC* ont été modifiées depuis qu'Abitibi a présenté une demande

protection. Except where otherwise indicated, the provisions I refer to are those that were in force when the stay was ordered.

[21] One of the central features of the CCAA scheme is the single proceeding model, which ensures that most claims against a debtor are entertained in a single forum. Under this model, the court can stay the enforcement of most claims against the debtor's assets in order to maintain the *status quo* during negotiations with the creditors. When such negotiations are successful, the creditors typically accept less than the full amounts of their claims. Claims have not necessarily accrued or been liquidated at the outset of the insolvency proceeding, and they sometimes have to be assessed in order to determine the monetary value that will be subject to compromise.

[22] Section 12 of the CCAA establishes the basic rules for ascertaining whether an order is a claim that may be subjected to the insolvency process:

**12.** (1) [Definition of "claim"] For the purposes of this Act, "claim" means any indebtedness, liability or obligation of any kind that, if unsecured, would be a debt provable in bankruptcy within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

(2) [Determination of amount of claim] For the purposes of this Act, the amount represented by a claim of any secured or unsecured creditor shall be determined as follows:

(a) the amount of an unsecured claim shall be the amount

. . .

(iii) in the case of any other company, proof of which might be made under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, but if the amount so provable is not admitted by the company, the amount shall be determined by the court on summary application by the company or by the creditor; . . .

de protection contre l'insolvabilité. À moins d'indication contraire de ma part, les dispositions que je cite sont celles qui étaient en vigueur lorsque la suspension des procédures a été ordonnée.

[21] Une des caractéristiques principales du régime créé par la LACC est de traiter la presque totalité des réclamations contre un débiteur suivant une procédure unique devant un même tribunal. En vertu de ce modèle, le tribunal peut ordonner la suspension de la plupart des mesures d'exécution engagées contre les actifs du débiteur de façon à maintenir le statu quo durant la négociation avec les créanciers. Lorsque la négociation réussit, les créanciers consentent habituellement à recevoir moins que le plein montant de leurs réclamations, lesquelles ne sont pas nécessairement exigibles ou liquidées dès le début des procédures d'insolvabilité. Ces réclamations doivent parfois être évaluées afin d'établir la valeur pécuniaire qui fera l'objet du compromis.

[22] L'article 12 de la LACC énonce les règles de base pour déterminer si une ordonnance constitue une réclamation pouvant être assujettie au processus applicable en matière d'insolvabilité :

**12.** (1) [Définition de « réclamation »] Pour l'application de la présente loi, « réclamation » s'entend de toute dette, tout engagement ou toute obligation d'un genre quelconque qui, s'il n'était pas garanti, constituerait une dette prouvable en matière de faillite au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

(2) [Détermination du montant de la réclamation] Pour l'application de la présente loi, le montant représenté par une réclamation d'un créancier garanti ou chirographaire est déterminé de la façon suivante :

a) le montant d'une réclamation non garantie est le montant :

. . .

(iii) dans le cas de toute autre compagnie, dont la preuve pourrait être établie en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, mais si le montant ainsi prouvable n'est pas admis par la compagnie, ce montant est déterminé par le tribunal sur demande sommaire par la compagnie ou le créancier;

[23] Section 12 of the *CCAA* refers to the rules of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”). Section 2 of the *BIA* defines a claim provable in bankruptcy:

“claim provable in bankruptcy”, “provable claim” or “claim provable” includes any claim or liability provable in proceedings under this Act by a creditor;

[24] This definition is completed by s. 121(1) of the *BIA*:

**121.** (1) All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt’s discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

[25] Sections 121(2) and 135(1.1) of the *BIA* offer additional guidance for the determination of whether an order is a provable claim:

**121. . . .**

(2) The determination whether a contingent or unliquidated claim is a provable claim and the valuation of such a claim shall be made in accordance with section 135.

**135. . . .**

(1.1) The trustee shall determine whether any contingent claim or unliquidated claim is a provable claim, and, if a provable claim, the trustee shall value it, and the claim is thereafter, subject to this section, deemed a proved claim to the amount of its valuation.

[26] These provisions highlight three requirements that are relevant to the case at bar. First, there must be a debt, a liability or an obligation to a *creditor*. Second, the debt, liability or obligation must be incurred *before the debtor becomes bankrupt*. Third, it must be possible to attach a *monetary value* to the debt, liability or obligation. I will examine each of these requirements in turn.

[23] L’article 12 de la *LACC* renvoie aux règles de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »). L’article 2 de la *LFI* définit ainsi une réclamation prouvable en matière de faillite :

« réclamation prouvable en matière de faillite » ou « réclamation prouvable » Toute réclamation ou créance pouvant être prouvée dans des procédures intentées sous l’autorité de la présente loi par un créancier.

[24] Cette définition est complétée par le par. 121(1) de la *LFI* :

**121.** (1) Toutes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d’une obligation contractée antérieurement à cette date, sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.

[25] Les paragraphes 121(2) et 135(1.1) de la *LFI* donnent des indications additionnelles lorsqu’il s’agit de déterminer si une ordonnance constitue une réclamation prouvable :

**121. . . .**

(2) La question de savoir si une réclamation éventuelle ou non liquidée constitue une réclamation prouvable et, le cas échéant, son évaluation sont décidées en application de l’article 135.

**135. . . .**

(1.1) Le syndic décide si une réclamation éventuelle ou non liquidée est une réclamation prouvable et, le cas échéant, il l’évalue; sous réserve des autres dispositions du présent article, la réclamation est dès lors réputée prouvée pour le montant de l’évaluation.

[26] Ces dispositions font ressortir trois conditions pertinentes à la présente affaire. Premièrement, on doit être en présence d’une dette, d’un engagement ou d’une obligation envers un *créancier*. Deuxièmement, la dette, l’engagement ou l’obligation doit avoir pris naissance *avant que le débiteur ne devienne failli*. Troisièmement, il doit être possible d’attribuer une *valeur pécuniaire* à cette dette, cet engagement ou cette obligation. Je vais examiner chacune de ces conditions à tour de rôle.

[27] The *BIA*'s definition of a provable claim, which is incorporated by reference into the *CCAA*, requires the identification of a creditor. Environmental statutes generally provide for the creation of regulatory bodies that are empowered to enforce the obligations the statutes impose. Most environmental regulatory bodies can be creditors in respect of monetary or non-monetary obligations imposed by the relevant statutes. At this first stage of determining whether the regulatory body is a creditor, the question whether the obligation can be translated into monetary terms is not yet relevant. This issue will be broached later. The only determination that has to be made at this point is whether the regulatory body has exercised its enforcement power against a debtor. When it does so, it identifies itself as a creditor, and the requirement of this stage of the analysis is satisfied.

[28] The enquiry into the second requirement is based on s. 121(1) of the *BIA*, which imposes a time limit on claims. A claim must be founded on an obligation that was "incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt". Because the date when environmental damage occurs is often difficult to ascertain, s. 11.8(9) of the *CCAA* provides more temporal flexibility for environmental claims:

#### 11.8 . . .

(9) A claim against a debtor company for costs of remedying any environmental condition or environmental damage affecting real property of the company shall be a claim under this Act, whether the condition arose or the damage occurred before or after the date on which proceedings under this Act were commenced.

[29] The creditor's claim will be exempt from the single proceeding requirement if the debtor's corresponding obligation has not arisen as of the time limit for inclusion in the insolvency process. This could apply, for example, to a debtor's statutory obligations relating to polluting activities that continue after the reorganization, because in such cases,

[27] La définition de réclamation prouvable établie par la *LFI* et incorporée par renvoi à la *LACC* exige qu'une personne ait qualité de créancier. Les lois régissant l'environnement pourvoient généralement à la création d'un organisme chargé de voir au respect des obligations qui y sont prévues. La plupart des organismes administratifs peuvent agir à titre de créanciers en relation avec les obligations pécuniaires ou non pécuniaires imposées par ces lois. À cette première étape qui consiste à déterminer si un organisme administratif est un créancier, il n'est pas encore pertinent de décider si l'obligation peut être formulée en termes pécuniaires. Cette question sera abordée à un stade ultérieur. À cette étape, la seule question à trancher est de savoir si l'organisme administratif a exercé, à l'encontre d'un débiteur, son pouvoir de faire appliquer la loi. Lorsqu'il le fait, il s'identifie alors comme créancier et la condition de cette étape est respectée.

[28] L'examen de la seconde condition repose sur le par. 121(1) de la *LFI* qui impose que la réclamation ait pris naissance dans un délai donné. Celle-ci doit se fonder sur une obligation « contractée antérieurement à cette date [la date à laquelle le failli devient failli] ». Comme il est souvent difficile d'établir la date à laquelle un dommage lié à l'environnement est survenu, le par. 11.8(9) de la *LACC* prévoit une certaine flexibilité pour ce qui est des réclamations en matière d'environnement :

#### 11.8 . . .

(9) La réclamation pour les frais de réparation du fait ou dommage lié à l'environnement et touchant un bien immeuble de la compagnie débitrice constitue une réclamation, que la date du fait ou dommage soit antérieure ou postérieure à celle où des procédures sont intentées au titre de la présente loi.

[29] La réclamation du créancier sera exemptée de l'exigence découlant de la procédure unique si l'obligation correspondante du débiteur n'a pas pris naissance dans le délai fixé pour que la réclamation soit incluse dans le processus d'insolvabilité. À titre d'exemple, cela pourrait s'appliquer aux obligations que la loi impose à un débiteur concernant

the damage continues to be sustained after the re-organization has been completed.

[30] With respect to the third requirement, that it be possible to attach a monetary value to the obligation, the question is whether orders that are not expressed in monetary terms can be translated into such terms. I note that when a regulatory body claims an amount that is owed at the relevant date, that is, when it frames its order in monetary terms, the court does not need to make this determination, because what is being claimed is an “indebtedness” and therefore clearly falls within the meaning of “claim” as defined in s. 12(1) of the CCAA.

[31] However, orders, which are used to address various types of environmental challenges, may come in many forms, including stop, control, preventative, and clean-up orders (D. Saxe, “Trustees’ and Receivers’ Environmental Liability Update” (1998), 49 C.B.R. (3d) 138, at p. 141). When considering an order that is not framed in monetary terms, courts must look at its substance and apply the rules for the assessment of claims.

[32] Parliament recognized that regulatory bodies sometimes have to perform remediation work (see House of Commons, *Evidence of the Standing Committee on Industry*, No. 16, 2nd Sess., 35th Parl., June 11, 1996). When one does so, its claim with respect to remediation costs is subject to the insolvency process, but the claim is secured by a charge on the contaminated real property and certain other related property and benefits from a priority (s. 11.8(8) CCAA). Thus, Parliament struck a balance between the public’s interest in enforcing environmental regulations and the interest of third-party creditors in being treated equitably.

ses activités polluantes qui se poursuivent après la réorganisation, parce qu’en pareilles circonstances, des dommages sont encore causés après que la réorganisation ait été complétée.

[30] En ce qui concerne la troisième condition, soit qu’il doit être possible d’attribuer à l’obligation une valeur pécuniaire, la question est de savoir si des ordonnances qui ne sont pas formulées en termes pécuniaires peuvent être formulées en de tels termes. Je souligne que lorsqu’un organisme administratif réclame une somme qui est due à la date pertinente, il formule ainsi son ordonnance en termes pécuniaires. Le tribunal n’a alors aucune détermination à faire à cette étape car ce qui est réclamé est une « dette » et est, par conséquent, clairement visé par la définition d’une « réclamation » prévue au par. 12(1) de la LACC.

[31] Toutefois, parce qu’elles sont utilisées pour traiter divers enjeux environnementaux, les ordonnances peuvent se présenter sous plusieurs formes et peuvent viser notamment la cessation ou le contrôle d’une activité, la prévention et la décontamination (D. Saxe, « Trustees’ and Receivers’ Environmental Liability Update » (1998), 49 C.B.R. (3d) 138, p. 141). Lorsqu’ils analysent une ordonnance qui n’est pas formulée en des termes pécuniaires, les tribunaux doivent en examiner la substance et appliquer les règles régissant l’évaluation des réclamations.

[32] Le législateur fédéral reconnaît que les organismes administratifs doivent à l’occasion exécuter des travaux de décontamination (voir Chambre des communes, *Témoignages du Comité permanent de l’industrie*, n° 16, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 11 juin 1996). En pareil cas, la réclamation relative aux frais de décontamination est assujettie à la procédure de réclamations en matière d’insolvabilité mais elle est garantie par une charge réelle grevant l’immeuble contaminé et certains immeubles connexes et bénéficie d’un rang prioritaire (par. 11.8(8) LACC). Ainsi, le législateur a établi un équilibre entre l’intérêt du public à l’égard de l’application de la réglementation environnementale et les intérêts des tiers créanciers qui doivent être traités de façon équitable.

[33] If Parliament had intended that the debtor always satisfy all remediation costs, it would have granted the Crown a priority with respect to the totality of the debtor's assets. In light of the legislative history and the purpose of the reorganization process, the fact that the Crown's priority under s. 11.8(8) of the *CCAA* is limited to the contaminated property and certain related property leads me to conclude that to exempt environmental orders would be inconsistent with the insolvency legislation. As deferential as courts may be to regulatory bodies' actions, they must apply the general rules.

[34] Unlike in proceedings governed by the common law or the civil law, a claim may be asserted in insolvency proceedings even if it is contingent on an event that has not yet occurred (for the common law, see *Canada v. McLarty*, 2008 SCC 26, [2008] 2 S.C.R. 79, at paras. 17-18; for the civil law, see arts. 1497, 1508 and 1513 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64). Thus, the broad definition of "claim" in the *BIA* includes *contingent* and *future* claims that would be unenforceable at common law or in the civil law. As for unliquidated claims, a *CCAA* court has the same power to assess their amounts as would a court hearing a case in a common law or civil law context.

[35] The reason the *BIA* and the *CCAA* include a broad range of claims is to ensure fairness between creditors and finality in the insolvency proceeding for the debtor. In a corporate liquidation process, it is more equitable to allow as many creditors as possible to participate in the process and share in the liquidation proceeds. This makes it possible to include creditors whose claims have not yet matured when the corporate debtor files for bankruptcy, and thus avert a situation in which they would be faced with an inactive debtor that cannot satisfy a judgment. The rationale is slightly different in the context of a corporate proposal or reorganization. In such cases, the broad approach serves not only to

[33] Si le législateur fédéral avait eu l'intention d'obliger le débiteur à supporter dans tous les cas tous les coûts des travaux de décontamination, il aurait accordé à l'État une priorité applicable à la totalité des actifs du débiteur. Compte tenu de l'historique des dispositions législatives et des objectifs du processus de réorganisation, le fait que la priorité de l'État aux termes du par. 11.8(8) de la *LACC* soit limitée au bien contaminé et à certains biens liés m'amène à conclure qu'une exemption à l'égard des ordonnances environnementales serait incompatible avec la législation en matière d'insolvabilité. Aussi respectueux soient-ils des mesures prises par les organismes administratifs, les tribunaux sont tenus d'appliquer les règles générales.

[34] Contrairement à l'approche qui prévaut dans le contexte des procédures régies par la common law ou le droit civil, il est possible de faire valoir une réclamation dans le cadre de procédures d'insolvabilité même si elle dépend d'un événement non encore survenu (en common law, voir *Canada c. McLarty*, 2008 CSC 26, [2008] 2 R.C.S. 79, par. 17-18; en droit civil, voir les art. 1497, 1508 et 1513 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64). Ainsi, la définition générale de « réclamation » de la *LFI* englobe des réclamations éventuelles et  *futures*  qui seraient inexécutaires en common law ou en droit civil. En ce qui concerne les réclamations non liquidées, le tribunal chargé de l'application de la *LACC* a le même pouvoir d'évaluer leur montant qu'un tribunal saisi d'une affaire sous le régime de la common law ou du droit civil.

[35] C'est pour assurer l'équité entre les créanciers ainsi que, pour le débiteur, le caractère définitif de la procédure d'insolvabilité que la *LFI* et la *LACC* englobent un large éventail de réclamations. Dans le cadre de la liquidation d'une société, il est plus équitable de permettre au plus grand nombre possible de créanciers de participer au processus et de se partager le produit de la liquidation. Cela permet d'inclure les créanciers dont les réclamations ne sont pas venues à échéance lorsque le débiteur corporatif devient failli, et ainsi éviter que, ayant cessé ses activités, le débiteur ne puisse pas satisfaire à un jugement rendu en leur faveur. L'approche est quelque peu différente dans



ensure fairness between creditors, but also to allow the debtor to make as fresh a start as possible after a proposal or an arrangement is approved.

[36] The criterion used by courts to determine whether a contingent claim will be included in the insolvency process is whether the event that has not yet occurred is too remote or speculative (*Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75). In the context of an environmental order, this means that there must be sufficient indications that the regulatory body that triggered the enforcement mechanism will ultimately perform remediation work and assert a monetary claim to have its costs reimbursed. If there is sufficient certainty in this regard, the court will conclude that the order can be subjected to the insolvency process.

[37] The exercise by the CCAA court of its jurisdiction to determine whether an order is a provable claim entails a certain scrutiny of the regulatory body's actions. This scrutiny is in some ways similar to judicial review. There is a distinction, however, and it lies in the object of the assessment that the CCAA court must make. The CCAA court does not review the regulatory body's exercise of discretion. Rather, it inquires into whether the facts indicate that the conditions for inclusion in the claims process are met. For example, if activities at issue are ongoing, the CCAA court may well conclude that the order cannot be included in the insolvency process because the activities and resulting damages will continue after the reorganization is completed and hence exceed the time limit for a claim. If, on the other hand, the regulatory body, having no realistic alternative but to perform the remediation work itself, simply delays framing the order as a claim in order to improve its position in relation to other creditors, the CCAA court may conclude

le contexte d'une proposition concordataire présentée par une société ou d'une réorganisation. Dans ces cas, l'objectif que sous-tend une interprétation large est non seulement de garantir l'équité entre créanciers, mais aussi de permettre au débiteur de prendre un nouveau départ dans les meilleures conditions possibles à la suite de l'approbation d'une proposition ou d'un arrangement.

[36] Le critère retenu par les tribunaux pour décider si une réclamation éventuelle sera incluse dans le processus d'insolvabilité est celui qui consiste à déterminer si l'événement non encore survenu est trop éloigné ou conjectural (*Confederation Treasury Service Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75). Dans le contexte d'une ordonnance environnementale, cela signifie qu'il doit y avoir des indications suffisantes permettant de conclure que l'organisme administratif qui a eu recours aux mécanismes d'application de la loi effectuera en fin de compte des travaux de décontamination et présentera une réclamation pécuniaire afin d'obtenir le remboursement de ses débours. Si cela est suffisamment certain, le tribunal conclura que l'ordonnance peut être assujettie au processus d'insolvabilité.

[37] Lorsqu'il détermine si une ordonnance constitue une réclamation prouvable, le tribunal chargé de l'application de la LACC doit, dans une certaine mesure, examiner les actes posés par l'organisme administratif. Cet examen se rapproche à certains égards de celui d'un contrôle judiciaire. La différence se situe, toutefois, au niveau de l'objet de l'évaluation que doit faire le tribunal. Son examen ne porte pas sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'organisme administratif. Il doit plutôt déterminer si le contexte factuel indique que les conditions requises pour que l'ordonnance soit incluse dans le processus de réclamations sont respectées. Par exemple, si le débiteur continue d'exercer les activités faisant l'objet de l'intervention de l'organisme administratif, il est fort possible que le tribunal conclue que l'ordonnance ne peut être incorporée au processus d'insolvabilité parce que ces activités et les dommages en découlant se poursuivront après la réorganisation et qu'elles excéderont donc le délai prescrit pour la production d'une

that this course of action is inconsistent with the insolvency scheme and decide that the order has to be subject to the claims process. Similarly, if the property is not under the debtor's control and the debtor does not, and realistically will not, have the means to perform the remediation work, the CCAA court may conclude that it is sufficiently certain that the regulatory body will have to perform the work.

[38] Certain indicators can thus be identified from the text and the context of the provisions to guide the CCAA court in determining whether an order is a provable claim, including whether the activities are ongoing, whether the debtor is in control of the property, and whether the debtor has the means to comply with the order. The CCAA court may also consider the effect that requiring the debtor to comply with the order would have on the insolvency process. Since the appropriate analysis is grounded in the facts of each case, these indicators need not all apply, and others may also be relevant.

[39] Having highlighted three requirements for finding a claim to be provable in a CCAA process that need to be considered in the case at bar, I must now discuss certain policy arguments raised by the Province and some of the interveners.

[40] These parties argue that treating a regulatory order as a claim in an insolvency proceeding extinguishes the debtor's environmental obligations, thereby undermining the polluter-pay principle discussed by this Court in *Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, 2003 SCC 58, [2003] 2 S.C.R. 624, at para. 24. This objection

réclamation. Par contre, si l'organisme administratif, n'ayant aucune solution réaliste autre que celle d'effectuer lui-même les travaux de décontamination, ne fait que retarder la production d'une réclamation pécuniaire dans le but d'améliorer sa position par rapport à celle des autres créanciers, le tribunal pourrait conclure que cette démarche n'est pas compatible avec le régime d'insolvabilité et décider que l'ordonnance doit être traitée dans le cadre du processus de réclamations. De même, si le débiteur n'exerce aucun contrôle sur le bien et ne dispose pas, ni ne disposera, de façon réaliste, des moyens pour effectuer les travaux de décontamination, le tribunal pourrait conclure de façon suffisamment certaine que l'organisme administratif devra exécuter les travaux.

[38] Il est ainsi possible de discerner, grâce au libellé des dispositions et à leur contexte, certains indicateurs qui permettent de guider le tribunal au moment de déterminer si l'ordonnance constitue une réclamation prouvable, notamment si les activités se poursuivent, si le débiteur exerce un contrôle sur le bien et s'il dispose des moyens de se conformer à l'ordonnance. Il est également possible pour le tribunal de prendre en compte les conséquences qu'entraînerait sur le processus d'insolvabilité le fait d'exiger du débiteur qu'il se conforme à l'ordonnance. Puisque l'analyse qu'il convient de réaliser est fondée sur les faits propres à chaque cas, il n'est pas nécessaire que tous ces indicateurs soient présents, et d'autres peuvent également devenir pertinents.

[39] Après avoir souligné les trois conditions qui permettent en l'espèce de conclure qu'une ordonnance constitue une réclamation prouvable dans le cadre d'un processus régi par la LACC, il me faut examiner certains arguments de principe que la province et certains intervenants ont fait valoir.

[40] Ils ont plaidé que le fait d'assimiler une ordonnance d'un organisme administratif à une réclamation dans le cadre de procédure en insolvabilité éteint les obligations environnementales auxquelles le débiteur est tenu, minant par le fait même le principe du pollueur-payeur examiné par notre Cour dans l'arrêt *Cie pétrolière Impériale*

demonstrates a misunderstanding of the nature of insolvency proceedings. Subjecting an order to the claims process does not extinguish the debtor's environmental obligations any more than subjecting any creditor's claim to that process extinguishes the debtor's obligation to pay its debts. It merely ensures that the creditor's claim will be paid in accordance with insolvency legislation. Moreover, full compliance with orders that are found to be monetary in nature would shift the costs of remediation to third-party creditors, including involuntary creditors, such as those whose claims lie in tort or in the law of extra-contractual liability. In the insolvency context, the Province's position would result not only in a super-priority, but in the acceptance of a "third-party-pay" principle in place of the polluter-pay principle.

[41] Nor does subjecting the orders to the insolvency process amount to issuing a licence to pollute, since insolvency proceedings do not concern the debtor's future conduct. A debtor that is reorganized must comply with all environmental regulations going forward in the same way as any other person. To quote the colourful analogy of two American scholars, "Debtors in bankruptcy have — and should have — no greater license to pollute in violation of a statute than they have to sell cocaine in violation of a statute" (D. G. Baird and T. H. Jackson, "Comment: *Kovacs and Toxic Wastes in Bankruptcy*" (1984), 36 *Stan. L. Rev.* 1199, at p. 1200).

[42] Furthermore, corporations may engage in activities that carry risks. No matter what risks are at issue, reorganization made necessary by insolvency is hardly ever a deliberate choice. When the risks materialize, the dire costs are borne by almost all stakeholders. To subject orders to the claims process is not to invite corporations to restructure

*Itée c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, 2003 CSC 58, [2003] 2 R.C.S. 624, par. 24. Cet argument démontre une mauvaise compréhension de la nature des procédures en matière d'insolvabilité. Le fait d'assujettir une ordonnance au processus de réclamations n'éteint pas les obligations environnementales qui incombent au débiteur, pas plus que le fait de soumettre à ce processus les réclamations des créanciers n'éteint l'obligation du débiteur de payer ses dettes. Le fait d'assujettir une ordonnance au processus de réclamation vise simplement à faire en sorte que le paiement au créancier sera fait conformément aux dispositions législatives applicables en matière d'insolvabilité. De plus, le respect intégral des ordonnances dont la nature pécuniaire est reconnue transférerait le coût de la décontamination aux tiers créanciers, y compris aux créanciers involontaires, par exemple les créanciers en responsabilité délictuelle ou extra-contractuelle. Dans un contexte d'insolvabilité, la position de la province aurait comme résultat de lui accorder non seulement une super-priorité, mais aussi de reconnaître l'application d'un principe du « tiers-payeur » plutôt que celui du pollueur-payeur.

[41] Par ailleurs, l'assujettissement des ordonnances au processus d'insolvabilité n'autorise pas une personne à polluer, car la procédure en insolvabilité ne touche pas les actes que le débiteur posera dans le futur. Le débiteur réorganisé doit se conformer pour l'avenir à la réglementation environnementale, comme le ferait toute autre personne. Pour citer une analogie haute en couleurs de deux universitaires américains, [TRADUCTION] « [L]es débiteurs en faillite n'ont pas — et ne devraient pas avoir — une autorisation plus étendue de polluer en violation d'une loi qu'ils n'en ont de vendre de la cocaïne » (D. G. Baird et T. H. Jackson, « Comment : *Kovacs and Toxic Wastes in Bankruptcy* » (1984), 36 *Stan. L. Rev.* 1199, p. 1200).

[42] En outre, il arrive que des sociétés exercent des activités comportant des risques. Peu importe les risques en cause, une réorganisation rendue nécessaire par l'insolvabilité de la société peut difficilement être assimilée à un choix délibéré. Lorsque les risques se concrétisent, la quasi-totalité des personnes ayant des intérêts dans la société en

in order to rid themselves of their environmental liabilities.

[43] And the power to determine whether an order is a provable claim does not mean that the court will necessarily conclude that the order before it will be subject to the CCAA process. In fact, the CCAA court in the case at bar recognized that orders relating to the environment may or may not be considered provable claims. It stayed only those orders that were monetary in nature.

[44] The Province also argues that courts have in the past held that environmental orders cannot be interpreted as claims when the regulatory body has not yet exercised its power to assert a claim framed in monetary terms. The Province relies in particular on *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45 (C.A.), and its progeny. In *Panamericana*, the Alberta Court of Appeal held that a receiver was personally liable for work under a remediation order and that the order was not a claim in insolvency proceedings. The court found that the duty to undertake remediation work is owed to the public at large until the regulator exercises its power to assert a monetary claim.

[45] The first answer to the Province's argument is that courts have never shied away from putting substance ahead of form. They can determine whether the order is in substance monetary.

[46] The second answer is that the provisions relating to the assessment of claims, particularly those governing contingent claims, contemplate instances in which the quantum is not yet established when the claims are filed. Whether, in the

supportent les terribles coûts. L'assujettissement des ordonnances à la procédure de réclamations n'équivaut pas à convier les sociétés à se réorganiser dans le but d'échapper à leurs obligations environnementales.

[43] Et le pouvoir de déterminer si une ordonnance constitue une réclamation prouvable ne signifie pas que le tribunal jugera nécessairement que l'ordonnance sera soumise au processus de réorganisation. En fait, le tribunal en l'espèce a reconnu que les ordonnances environnementales pouvaient être ou ne pas être considérées comme des réclamations prouvables. Il n'a rendu une ordonnance de suspension qu'à l'égard des ordonnances de nature pécuniaire.

[44] La province plaide aussi que selon la jurisprudence, les ordonnances environnementales ne peuvent pas être assimilées à des réclamations lorsque l'organisme administratif n'a pas encore exercé son pouvoir de faire valoir une réclamation formulée en termes pécuniaires. La province s'appuie particulièrement sur l'arrêt *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45 (C.A.), et les jugements rendus dans sa foulée. Dans l'arrêt *Panamericana*, la Cour d'appel de l'Alberta a tenu le séquestre personnellement responsable de l'exécution des travaux ordonnés et a statué que l'ordonnance ne constituait pas une réclamation visée par les procédures en insolvabilité. La cour a conclu que l'obligation d'entreprendre les travaux de décontamination est due au public en général jusqu'à ce que l'organisme administratif exerce son pouvoir de faire valoir une réclamation pécuniaire.

[45] La première réponse à cet argument de la province est que les tribunaux n'ont jamais hésité à privilégier le fond à la forme. Les tribunaux peuvent déterminer si, en substance, l'ordonnance est de nature pécuniaire.

[46] La seconde réponse est que les dispositions concernant l'évaluation des réclamations, en particulier celles régissant les réclamations éventuelles, n'exigent pas que la valeur pécuniaire soit établie au moment où elles sont produites. Un

regulatory context, an obligation always entails the existence of a correlative right has been discussed by a number of scholars. Various theories of rights have been put forward (see W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (new ed. 2001); D. N. MacCormick, “Rights in Legislation”, in P. M. S. Hacker and J. Raz, eds., *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart* (1977), 189). However, because the Province issued the orders in this case, it would be recognized as a creditor in respect of a right no matter which of these theories was applied. As interesting as the discussion may be, therefore, I do not need to consider which theory should prevail. The real question is not to whom the obligation is owed, as this question is answered by the statute, which determines who can require that it be discharged. Rather, the question is whether it is sufficiently certain that the regulatory body will perform the remediation work and, as a result, have a monetary claim.

[47] The third answer to the Province’s argument is that insolvency legislation has evolved considerably over the two decades since *Panamericana*. At the time of *Panamericana*, none of the provisions relating to environmental liabilities were in force. Indeed, some of those provisions were enacted very soon after, and seemingly in response to, that case. In 1992, Parliament shielded trustees from the very liability imposed on the receiver in *Panamericana* (*An Act to amend the Bankruptcy Act and to amend the Income Tax Act in consequence thereof*, S.C. 1992, c. 27, s. 9, amending s. 14 of the *BIA*). The 1997 amendments provided additional protection to trustees and monitors (*An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Income Tax Act*, S.C. 1997, c. 12). The 2007 amendments made it clear that a CCAA court has the power to determine that a regulatory order may be a claim and also provided criteria for staying regulatory orders (s. 65, amending the CCAA to include the current version of s. 11.1). The purpose of these amendments was to balance the creditor’s

certain nombre d’auteurs ont examiné la question de savoir si, dans un contexte réglementaire, l’existence d’une obligation implique toujours en corrélation celle d’un droit. Diverses théories relatives aux droits ont été avancées (voir W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (nouvelle éd. 2001); D. N. MacCormick, « Rights in Legislation », dans P. M. S. Hacker et J. Raz, dir., *Law, Morality, and Society : Essays in Honour of H. L. A. Hart* (1977), 189). Toutefois, comme en l’espèce la province a prononcé les ordonnances, elle serait reconnue comme créancière d’un droit en vertu de l’une ou l’autre de ces théories. Par conséquent, malgré l’intérêt que peut susciter ce débat, il n’est pas nécessaire de déterminer la théorie qui prévaut. La véritable question n’est pas de savoir à qui est due l’obligation, puisque la loi y répond en indiquant qui peut en exiger l’exécution. La question est plutôt de savoir s’il est suffisamment certain que l’organisme administratif effectuera les travaux de décontamination et pourra ainsi faire valoir une réclamation pécuniaire.

[47] La troisième réponse à l’argument soulevé par la province est que la législation en matière d’insolvabilité a considérablement évolué au cours des deux décennies écoulées depuis l’arrêt *Panamericana*. À l’époque où l’arrêt *Panamericana* a été prononcé, aucune des dispositions concernant les obligations liées à l’environnement n’était en vigueur. Certaines des dispositions ont été adoptées très peu de temps après cette décision et, semble-t-il, en réponse à celle-ci. En 1992, le législateur a permis aux syndic d’échapper à la responsabilité même que l’arrêt *Panamericana* avait retenue contre le séquestre (*Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l’impôt sur le revenu en conséquence*, L.C. 1992, ch. 27, art. 9, modifiant l’art. 14 de la *LFI*). Une protection additionnelle a été accordée au syndic et au contrôleur avec les modifications adoptées en 1997 (*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l’insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et la Loi de l’impôt sur le revenu*, L.C. 1997, ch. 12). Les modifications apportées en 2007 ont précisé que le tribunal chargé d’appliquer la *LACC* a

need for fairness against the debtor's need to make a fresh start.

[48] Whether the regulatory body has a contingent claim is a determination that must be grounded in the facts of each case. Generally, a regulatory body has discretion under environmental legislation to decide how best to ensure that regulatory obligations are met. Although the court should take care to avoid interfering with that discretion, the action of a regulatory body is nevertheless subject to scrutiny in insolvency proceedings.

#### V. Application

[49] I now turn to the application of the principles discussed above to the case at bar. This case does not turn on whether the Province is the creditor of an obligation or whether damage had occurred as of the relevant date. Those requirements are easily satisfied, since the Province had identified itself as a creditor by resorting to *EPA* enforcement mechanisms and since the damage had occurred before the time of the *CCAA* proceedings. Rather, the issue centres on the third requirement: that the orders meet the criterion for admission as a pecuniary claim. The claim was contingent to the extent that the Province had not yet formally exercised its power to ask for the payment of money. The question is whether it was sufficiently certain that the orders would eventually result in a monetary claim. To the *CCAA* judge, there was no doubt that the answer was yes.

le pouvoir de décider qu'une ordonnance d'un organisme administratif peut constituer une réclamation; ces modifications ont de plus établi des critères applicables à la suspension de ces ordonnances (art. 65, modifiant la *LACC* par l'ajout de l'art. 11.1). Ces modifications visaient à établir un équilibre entre le besoin de traiter les créanciers de façon équitable et celui de permettre au débiteur de prendre un nouveau départ.

[48] La détermination qu'une ordonnance d'un organisme administratif constitue une réclamation éventuelle doit être fondée sur les faits de chaque affaire. La législation en matière d'environnement accorde généralement à un organisme administratif un pouvoir discrétionnaire de décider de la meilleure façon d'assurer le respect des obligations découlant de la réglementation. Quoique le tribunal doive se garder de s'ingérer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de ces organismes, les mesures qu'ils prennent peuvent néanmoins faire l'objet d'un examen dans le cadre de procédures engagées sous le régime fédéral de l'insolvabilité.

#### V. Application

[49] J'aborde maintenant l'application des principes énoncés ci-dessus à l'affaire dont notre Cour est saisie. En l'espèce, le débat n'est pas centré sur la question de savoir si la province est créancière d'une obligation ou si des dommages étaient survenus à la date pertinente. Il est facile de répondre à ces questions étant donné que la province s'est elle-même présentée comme créancière en ayant recours aux mécanismes d'application de l'*EPA* et que les dommages sont survenus avant que les procédures en vertu de la *LACC* ne soient entamées. Le débat porte plutôt sur la troisième condition, celle qui consiste à savoir si les ordonnances satisfont au critère d'admissibilité à titre de réclamation pécuniaire. La réclamation était éventuelle dans la mesure où la province n'avait pas formellement exercé son pouvoir de demander paiement d'une somme d'argent. La question est de savoir s'il était suffisamment certain que l'ordonnance mènerait éventuellement à la production d'une réclamation pécuniaire. Pour le juge de première instance, une réponse affirmative ne faisait pas de doute.

[50] The Province's exercise of its legislative powers in enacting the *Abitibi Act* created a unique set of facts that led to the orders being issued. The seizure of Abitibi's assets by the Province, the cancellation of all outstanding water and hydroelectric contracts between Abitibi and the Province, the cancellation of pending legal proceedings by Abitibi in which it sought the reimbursement of several hundreds of thousands of dollars, and the denial of any compensation for the seized assets and of legal redress are inescapable background facts in the judge's review of the *EPA Orders*.

[51] The *CCAA* judge did not elaborate on whether it was sufficiently certain that the Minister would perform the remediation work and therefore make a monetary claim. However, most of his findings clearly rest on a positive answer to this question. For example, his finding that "[i]n all likelihood, the pith and substance of the *EPA Orders* is an attempt by the Province to lay the groundwork for monetary claims against Abitibi, to be used most probably as an offset in connection with Abitibi's own *NAFTA* claims for compensation" (para. 178), is necessarily based on the premise that the Province would most likely perform the remediation work. Indeed, since monetary claims must, both at common law and in civil law, be mutual for set-off or compensation to operate, the Province had to have incurred costs in doing the work in order to have a claim that could be set off against Abitibi's claims.

[52] That the judge relied on an implicit finding that the Province would most likely perform the work and make a claim to offset its costs is also shown by the confirmation he found in the declaration by the Premier that the Province was attempting to assess the cost of doing remediation work Abitibi had allegedly left undone and that in the Province's assessment, "at this point in

[50] En adoptant l'*Abitibi Act*, ayant ainsi recours à son pouvoir législatif, la province mettait en place un contexte factuel unique qui menait à l'émission des ordonnances. La saisie par la province des actifs d'Abitibi, l'annulation de tous les contrats d'approvisionnement en eau et d'hydroélectricité conclus entre Abitibi et la province, l'annulation des recours intentés par Abitibi pour obtenir le remboursement de plusieurs centaines de milliers de dollars et le refus de toute indemnité et de tous recours en justice à l'égard des actifs saisis tissent un contexte factuel dont le juge ne peut faire abstraction dans son examen des ordonnances *EPA*.

[51] Le juge de première instance n'a pas fait une analyse distincte du critère suivant lequel le tribunal doit être suffisamment certain que le ministre exécuterait les travaux de décontamination et ferait, par conséquent, valoir une réclamation pécuniaire. Cependant, la plupart de ses conclusions reposent manifestement sur un constat positif à cet égard. Par exemple, le constat que [TRADUCTION] « [s]elon toute vraisemblance, le caractère véritable des ordonnances *EPA* [consiste] pour la province à tenter de jeter les bases de réclamations pécuniaires contre Abitibi, dans le but de les utiliser tout probablement à titre compensatoire au regard des demandes d'indemnisation d'Abitibi fondées sur l'ALÉNA » (par. 178) repose nécessairement sur la prémisse que la province allait fort probablement exécuter les travaux de décontamination. En effet, puisque les réclamations pécuniaires, en common law comme en droit civil, doivent être réciproques pour opérer compensation, la province devait avoir engagé des dépenses en exécutant des travaux, ce qui établissait la base de la réclamation qu'elle ferait valoir pour compenser celle d'Abitibi.

[52] Un autre fait illustre que le juge de première instance a implicitement conclu que la province allait fort probablement exécuter les travaux et produire une réclamation pour compenser ses coûts est qu'il en a trouvé une confirmation dans la déclaration du premier ministre selon laquelle la province tentait d'évaluer ce qu'il en coûterait pour réaliser les travaux de décontamination qu'Abitibi n'aurait

time, there would not be a net payment to Abitibi” (para. 181).

[53] The *CCAA* judge’s reasons not only rest on an implicit finding that the Province would most likely perform the work, but refer explicitly to facts that support this finding. To reach his conclusion that the *EPA* Orders were monetary in nature, the *CCAA* judge relied on the fact that Abitibi’s operations were funded through debtor-in-possession financing and its access to funds was limited to ongoing operations. Given that the *EPA* Orders targeted sites that were, for the most part, no longer in Abitibi’s possession, this meant that Abitibi had no means to perform the remediation work during the reorganization process.

[54] In addition, because Abitibi lacked funds and no longer controlled the properties, the timetable set by the Province in the *EPA* Orders suggested that the Province never truly intended that Abitibi was to perform the remediation work required by the orders. The timetable was also unrealistic. For example, the orders were issued on November 12, 2009 and set a deadline of January 15, 2010 to perform a particular act, but the evidence revealed that compliance with this requirement would have taken close to a year.

[55] Furthermore, the judge relied on the fact that Abitibi was not simply designated a “person responsible” under the *EPA*, but was intentionally targeted by the Province. The finding that the Province had targeted Abitibi was drawn not only from the timing of the *EPA* Orders, but also from the fact that Abitibi was the only person designated in them, whereas others also appeared to be responsible — in some cases, primarily responsible — for the contamination. For example, Abitibi was ordered to do remediation work on a site it had surrendered more than 50 years before the orders were issued; the expert report upon which the orders were based made no distinction between Abitibi’s activities on the property, on which its source of power had been horse power, and subsequent activities by others who had used fuel-powered vehicles

pas exécutés, et que selon l’estimation de la province, [TRADUCTION] « à l’heure actuelle, aucun paiement net ne serait versé à Abitibi » (par. 181).

[53] Les motifs du juge de première instance reposent non seulement sur une constatation implicite que la province exécuterait fort probablement les travaux, mais ils renvoient expressément aux faits qui appuient cette constatation. Pour conclure que les ordonnances *EPA* étaient de nature pécuniaire, le juge s’est fondé sur le fait qu’Abitibi pouvait mener ses opérations grâce à un financement de débiteur-exploitant et qu’elle n’avait accès à ces fonds que pour ses activités courantes. Étant donné que les ordonnances visaient des sites que, pour la plupart, Abitibi ne possédait plus, cela signifiait qu’Abitibi ne disposait d’aucune ressource pour exécuter les travaux pendant la réorganisation.

[54] De plus, parce qu’Abitibi ne disposait pas des fonds et n’exerçait plus aucun contrôle sur les biens, l’échéancier fixé par la province dans les ordonnances *EPA* était non seulement irréaliste, mais suggérait que la province n’avait jamais vraiment eu l’intention qu’Abitibi exécute les travaux qu’elle lui ordonnait de faire. Par exemple, les ordonnances en date du 12 novembre 2009 exigeaient que certains travaux particuliers soient terminés le 15 janvier 2010 alors que la preuve démontre qu’il aurait fallu presque un an pour exécuter ces travaux.

[55] En outre, le juge s’est appuyé sur le fait qu’Abitibi n’était pas simplement désignée comme [TRADUCTION] « personne responsable » aux termes de l’*EPA*, mais qu’elle était intentionnellement visée par la province. Il a fait cette constatation non seulement en raison du choix du moment où les ordonnances ont été prononcées, mais aussi parce qu’Abitibi y était la seule personne désignée alors que d’autres semblaient également responsables — et en certains cas, principalement responsables — de la contamination. Par exemple, la province a ordonné à Abitibi d’effectuer des travaux de décontamination d’un site qu’elle avait abandonné plus de 50 ans avant le prononcé des ordonnances alors que le rapport d’expert sur lequel les ordonnances étaient fondées ne distinguait aucunement les activités d’Abitibi, qui avait utilisé des chevaux,



there. In the judge's opinion, this finding of fact went to the Province's intent to establish a basis for performing the work itself and asserting a claim against Abitibi.

[56] These reasons — and others — led the CCAA judge to conclude that the Province had not expected Abitibi to perform the remediation work and that the “intended, practical and realistic effect of the EPA Orders was to establish a basis for the Province to recover amounts of money to be eventually used for the remediation of the properties in question” (para. 211). He found that the Province appeared to have in fact taken some steps to liquidate the claims arising out of the *EPA* Orders.

[57] In the end, the judge found that there was definitely a claim that “might” be filed, and that it was not left to “the subjective choice of the creditor to hold the claim in its pocket for tactical reasons” (para. 227). In his words, the situation did not involve a “detached regulator or public enforcer issuing [an] order for the public good” (para. 175), and it was “the hat of a creditor that best fit[ed] the Province, not that of a disinterested regulator” (para. 176).

[58] In sum, although the analytical framework used by Gascon J. was driven by the facts of the case, he reviewed all the legal principles and facts that needed to be considered in order to make the determination in the case at bar. He did at times rely on indicators that are unique and that do not appear in the analytical framework I propose above, but he did so because of the exceptional facts of this case. Yet, had he formulated the question in the same way as I have, his conclusion, based on his objective findings of fact, would have been the same. Earmarking money may be a strong indicator that a province will perform remediation work, and actually commencing the work is the first step towards the creation of a debt, but these are not the

et les activités subséquentes d'autres personnes qui y avaient utilisé des véhicules alimentés au mazout. Ce fait, pour le juge, illustre l'intention de la province d'établir un fondement pour exécuter elle-même les travaux et présenter une réclamation contre Abitibi.

[56] Ces motifs — et d'autres — ont amené le juge de première instance à conclure que la province ne s'attendait pas à ce qu'Abitibi exécute les travaux de décontamination et que [TRADUCTION] « les ordonnances *EPA* avaient pour effet voulu, pratique et réaliste de jeter les bases qui permettraient à la province de recouvrer les sommes d'argent devant éventuellement être employées pour la décontamination des terrains en question » (par. 211). Il a conclu que la province semblait avoir en fait pris des mesures en vue de liquider les réclamations découlant des ordonnances *EPA*.

[57] En fin de compte, le juge a conclu qu'il existait véritablement une réclamation qui « pourrait » être présentée, et qu'on ne pouvait laisser au bon vouloir du créancier [TRADUCTION] « le choix subjectif de la garder en réserve pour des raisons tactiques » (par. 227). Pour reprendre ses propres mots, il ne s'agissait pas d'un cas où « un organisme de réglementation ou d'application de la loi a émis de manière objective une ordonnance dans l'intérêt public » (par. 175), mais que « la province a agi plus comme un créancier que comme un organisme administratif désintéressé » (par. 176).

[58] En somme, bien que le cadre analytique utilisé par le juge Gascon a été dicté par les faits de l'affaire, il a examiné tous les principes juridiques et les faits qu'il était tenu de prendre en compte pour statuer sur la question qui se posait. À l'occasion, il s'est appuyé sur des indicateurs singuliers qui ne figurent pas dans le cadre analytique que j'ai déjà proposé, mais cela s'explique par les faits exceptionnels en l'espèce. Or, s'il avait formulé la question comme je l'ai posée, sa conclusion, appuyée sur ses constatations de fait objectives, aurait été la même. Le fait de prévoir un budget peut constituer un indicateur clair qu'une province exécutera des travaux de décontamination, et le fait que ces travaux soient entrepris constitue la première étape de

only considerations that can lead to a finding that a creditor has a monetary claim. The CCAA judge's assessment of the facts, particularly his finding that the EPA Orders were the first step towards performance of the remediation work by the Province, leads to no conclusion other than that it was sufficiently certain that the Province would perform remediation work and therefore fall within the definition of a creditor with a monetary claim.

## VI. Conclusion

[59] In sum, I agree with the Chief Justice that, as a general proposition, an environmental order issued by a regulatory body can be treated as a contingent claim, and that such a claim can be included in the claims process if it is sufficiently certain that the regulatory body will make a monetary claim against the debtor. Our difference of views lies mainly in the applicable threshold for including contingent claims and in our understanding of the CCAA judge's findings of fact.

[60] With respect to the law, the Chief Justice would craft a standard specific to the context of environmental orders by requiring a "likelihood approaching certainty" that the regulatory body will perform the remediation work. She finds that this threshold is justified because "remediation may cost a great deal of money" (para. 86). I acknowledge that remediating pollution is often costly, but I am of the view that Parliament has borne this consideration in mind in enacting provisions specific to environmental claims. Moreover, I recall that in this case, the Premier announced that the remediation work would be performed at no net cost to the Province. It was clear to him that the *Abitibi Act* would make it possible to offset all the related costs.

la constitution d'une dette, mais ces considérations ne sont pas les seules qui permettent de conclure qu'un créancier fait valoir une réclamation pécuniaire. L'appréciation des faits par le juge de première instance, plus particulièrement sa constatation que les ordonnances constituaient la première étape en vue de la décontamination des sites, ne permet de tirer aucune conclusion autre que celle suivant laquelle il était suffisamment certain que la province exécuterait des travaux de décontamination et qu'elle était par conséquent visée par la définition d'un créancier ayant une réclamation pécuniaire.

## VI. Conclusion

[59] En somme, je suis d'accord avec la Juge en chef pour dire qu'en règle générale, une ordonnance environnementale d'un organisme administratif peut être traitée comme une réclamation éventuelle et qu'une telle réclamation peut être incluse au processus de réclamation s'il est suffisamment certain que l'organisme administratif fera valoir une réclamation pécuniaire contre le débiteur. Nos divergences de vues portent principalement sur le critère applicable pour que les réclamations éventuelles soient incluses et sur la façon dont nous interprétons les constatations de fait tirées par le juge de première instance.

[60] En ce qui concerne le droit, la Juge en chef établirait une norme propre au contexte des ordonnances environnementales qui exigerait une « probabilité proche de la certitude » que l'organisme administratif réalisera les travaux de restauration. Elle estime que ce critère s'impose parce que « les travaux de restauration peuvent être très coûteux » (par. 86). Je reconnais que les travaux de décontamination sont souvent coûteux, mais je crois que cette considération a été prise en compte par le législateur fédéral lors de l'adoption des dispositions particulières visant les réclamations en matière environnementale. De plus, je rappelle qu'en l'instance, le premier ministre a annoncé que les travaux de décontamination seraient réalisés sans coût net pour la province. Il était évident pour lui que l'adoption de l'*Abitibi Act* permettrait de compenser tous les coûts afférents.

[61] Thus, I prefer to take the approach generally taken for all contingent claims. In my view, the CCAA court is entitled to take all relevant facts into consideration in making the relevant determination. Under this approach, the contingency to be assessed in a case such as this is whether it is sufficiently certain that the regulatory body will perform remediation work and be in a position to assert a monetary claim.

[62] Finally, the Chief Justice would review the CCAA court's findings of fact. I would instead defer to them. On those findings, applying any legal standard, be it the one proposed by the Chief Justice or the one I propose, the Province's claim is monetary in nature and its motion for a declaration exempting the EPA Orders from the claims procedure order was properly dismissed.

[63] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) —

#### 1. Overview

[64] The issue in this case is whether orders made under the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2 (“EPA”), by the Newfoundland and Labrador Minister of Environment and Conservation (“Minister”) requiring a polluter to clean up sites (the “EPA Orders”) are monetary claims that can be compromised in corporate restructuring under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). If they are not claims that can be compromised in restructuring, the Abitibi respondents (“Abitibi”) will still have a legal obligation to clean up the sites following their emergence from restructuring. If they are such claims, Abitibi will have emerged from restructuring free of the obligation, able to recommence business without remediating the

[61] Par conséquent, je préfère retenir la méthode généralement suivie en matière de réclamations éventuelles. À mon avis, le tribunal chargé de l’application de la LACC peut prendre en compte l’ensemble des faits pertinents en vue de rendre la décision appropriée. Suivant cette approche, l’éventualité qu’il faut évaluer dans une affaire comme celle-ci est de savoir s’il est suffisamment certain que l’organisme administratif exécutera les travaux de décontamination et sera en mesure de faire valoir une réclamation pécuniaire.

[62] Enfin, la Juge en chef réviserait les conclusions de fait du juge de première instance. Pour ma part, je m’en remets à ces conclusions. Quelle que soit la norme juridique appliquée, soit celle proposée par la Juge en chef ou celle que je propose, au vu de ces conclusions, la réclamation de la province est de nature pécuniaire et sa requête demandant de déclarer que les ordonnances EPA n’étaient pas assujetties à l’ordonnance relative à la procédure de réclamations a été à juste titre rejetée.

[63] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens

Version française des motifs rendus par

LA JUGE EN CHEF (dissidente) —

#### 1. Aperçu

[64] Il s’agit en l’espèce de savoir si des ordonnances du ministre de l’Environnement et de la Conservation (le « ministre ») de Terre-Neuve-et-Labrador, émises en vertu de l’*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2 (« EPA »), obligeant un pollueur à décontaminer des sites (les « ordonnances EPA ») constituent des réclamations pécuniaires qui peuvent faire l’objet d’une transaction dans le cadre d’une restructuration d’entreprise engagée sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). Si elles ne constituent pas des réclamations pécuniaires pouvant faire l’objet d’une transaction, les intimés du groupe Abitibi (« Abitibi ») auront encore l’obligation légale de décontaminer les sites lorsque leur

properties it polluted, the cost of which will fall on the Newfoundland and Labrador public.

[65] Remediation orders made under a province's environmental protection legislation impose ongoing regulatory obligations on the corporation required to clean up the pollution. They are not monetary claims. In narrow circumstances, specified by the *CCAA*, these ongoing regulatory obligations may be reduced to monetary claims, which can be compromised under *CCAA* proceedings. This occurs where a province has done the work, or where it is "sufficiently certain" that it will do the work. In these circumstances, the regulatory obligation would be extinguished and the province would have a monetary claim for the cost of remediation in the *CCAA* proceedings. Otherwise, the regulatory obligation survives the restructuring.

[66] In my view, the orders for remediation in this case, with a minor exception, are not claims that can be compromised in restructuring. On one of the properties, the Minister did emergency remedial work and put other work out to tender. These costs can be claimed in the *CCAA* proceedings. However, with respect to the other properties, on the evidence before us, the Minister has neither done the clean-up work, nor is it sufficiently certain that he or she will do so. The Province of Newfoundland and Labrador ("Province") retained a number of options, including requiring Abitibi to perform the remediation if it successfully emerged from the *CCAA* restructuring.

restructuration sera terminée. Dans le cas contraire, Abitibi sera déchargée de cette obligation; elle pourra reprendre ses activités à l'issue de la restructuration sans avoir à décontaminer les sites qu'elle a pollués et la population de Terre-Neuve-et-Labrador devra supporter le coût de la décontamination.

[65] Les ordonnances exigeant la décontamination émises aux termes d'une loi provinciale sur la protection de l'environnement imposent des exigences réglementaires continues à la personne morale requise de remédier à la pollution. Ces ordonnances ne constituent pas des réclamations pécuniaires. En certaines circonstances particulières prévues par la *LACC*, ces exigences réglementaires continues peuvent être converties en réclamations pécuniaires, lesquelles peuvent faire l'objet de transactions dans le cadre de procédures engagées aux termes de la *LACC*. Cette situation se produit lorsqu'une province a exécuté les travaux, ou lorsqu'il est « suffisamment certain » qu'elle exécutera les travaux. Dans ces circonstances, l'exigence réglementaire serait éteinte et la province pourrait produire, dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la *LACC*, une réclamation pécuniaire couvrant le coût des travaux de décontamination. Autrement, l'exigence réglementaire subsiste après la restructuration.

[66] À mon avis, les ordonnances exigeant la décontamination en l'espèce, à une exception près, ne constituent pas des réclamations pouvant faire l'objet de transactions dans le cadre d'une restructuration. Dans un des sites, la ministre de l'époque a effectué d'urgence la décontamination et a lancé un appel d'offres pour d'autres travaux. Le coût de ces travaux peut faire l'objet d'une réclamation dans les procédures engagées sous le régime de la *LACC*. Toutefois, en ce qui concerne les autres sites, selon les éléments de preuve dont nous disposons, le ministre en poste n'a pas effectué les travaux de décontamination et il n'est pas suffisamment certain qu'il le fera. La province de Terre-Neuve-et-Labrador (« province ») a conservé un certain nombre de solutions, dont celle d'obliger Abitibi à décontaminer les sites si elle réussit sa restructuration engagée sous le régime de la *LACC*.

[67] I would therefore allow the appeal and grant the Province the declaration it seeks that Abitibi is still subject to its obligations under the *EPA* following its emergence from restructuring, except for work done or tendered for on the Buchans site.

## 2. The Proceedings Below

[68] The *CCAA* judge took the view that the Province issued the *EPA* Orders, not in order to make Abitibi remediate, but as part of a money grab. He therefore concluded that the orders were monetary and financial in nature and should be considered claims that could be compromised under the *CCAA* (2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1). The Quebec Court of Appeal denied leave to appeal on the ground that this “factual” conclusion could not be disturbed (2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57).

[69] The *CCAA* judge’s stark view that an *EPA* obligation can be considered a monetary claim capable of being compromised simply because (as he saw it) the Province’s motive was money, is no longer pressed. Whether an *EPA* order is a claim under the *CCAA* depends on whether it meets the requirements for a claim under that statute. That is the only issue to be resolved. Insofar as this determination touches on the division of powers, I am in substantial agreement with my colleague Deschamps J., at paras. 18-19.

## 3. The Distinction Between Regulatory Obligations and Claims Under the CCAA

[70] Orders to clean up polluted property under provincial environmental protection legislation are regulatory orders. They remain in effect until the

[67] Je suis par conséquent d’avis d’accueillir le pourvoi et d’accorder à la province le jugement déclaratoire sollicité portant qu’Abitibi reste assujettie à ses obligations en vertu de l’*EPA* au terme de cette période de restructuration, à l’exception des travaux sur le site de Buchans déjà exécutés ou à l’égard desquels des appels d’offres ont été lancés.

## 2. Les décisions des juridictions inférieures

[68] Le juge de première instance a adopté le point de vue selon lequel la province avait émis les ordonnances *EPA*, non pas pour obliger Abitibi à réparer les dommages causés, mais pour lui soustraire de l’argent. Il a donc conclu que les ordonnances étaient de nature pécuniaire et financière, et qu’elles devraient être considérées comme des réclamations pouvant faire l’objet de transactions sous le régime de la *LACC* (2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1). La Cour d’appel du Québec a refusé l’autorisation d’interjeter appel de cette décision au motif que rien ne permettait de modifier cette conclusion « de fait » (2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57).

[69] Le point de vue peu nuancé du juge de première instance, selon lequel une obligation découlant de l’*EPA* peut être considérée comme une réclamation pécuniaire susceptible de faire l’objet d’une transaction du simple fait (à son avis) que la province n’était motivée que par l’argent, n’est plus en cause. Pour répondre à la question de savoir si une ordonnance émise sous le régime de l’*EPA* constitue une réclamation au sens de la *LACC*, il faut déterminer si elle satisfait aux conditions d’existence d’une réclamation établies par cette loi. Il s’agit de la seule question à trancher. Dans la mesure où la décision sur ce point touche le partage des pouvoirs, je souscris pour l’essentiel à l’opinion exprimée par ma collègue la juge Deschamps aux par. 18-19.

## 3. La distinction entre une exigence réglementaire et une réclamation au titre de la LACC

[70] Les ordonnances exigeant la décontamination des sites pollués émises en vertu des lois provinciales sur l’environnement sont des ordonnances

property has been cleaned up or the matter otherwise resolved.

[71] It is not unusual for corporations seeking to restructure under the *CCAA* to be subject to a variety of ongoing regulatory orders arising from statutory schemes governing matters like employment, energy conservation and the environment. The corporation remains subject to these obligations as it continues to carry on business during the restructuring period, and remains subject to them when it emerges from restructuring unless they have been compromised or liquidated.

[72] The *CCAA*, like the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”), draws a fundamental distinction between ongoing regulatory obligations owed to the public, which generally survive the restructuring, and monetary claims that can be compromised.

[73] This distinction is also recognized in the jurisprudence, which has held that regulatory duties owed to the public are not “claims” under the *BIA*, nor, by extension, under the *CCAA*. In *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45, the Alberta Court of Appeal held that a receiver in bankruptcy must comply with an order from the Energy Resources Conservation Board to comply with well abandonment requirements. Writing for the court, Laycraft C.J.A. said the question was whether the *Bankruptcy Act* “requires that the assets in the estate of an insolvent well licensee should be distributed to creditors leaving behind the duties respecting environmental safety . . . as a charge to the public” (para. 29). He answered the question in the negative:

The duty is owed as a public duty by all the citizens of the community to their fellow citizens. When the

de nature réglementaire. Elles demeurent en vigueur jusqu’à ce que le site ait été décontaminé ou que l’affaire soit réglée d’une autre façon.

[71] Il n’est pas inhabituel pour les sociétés qui cherchent à se restructurer sous le régime de la *LACC* d’être assujetties à diverses ordonnances réglementaires continues découlant de régimes législatifs régissant des domaines tels que l’emploi, la conservation de l’énergie et l’environnement. La société demeure assujettie à ces exigences alors qu’elle continue d’exercer ses activités pendant la période de restructuration, et elle y demeure assujettie au terme de cette période de restructuration, à moins que ces exigences n’aient fait l’objet d’une transaction ou qu’elles n’aient été liquidées.

[72] La *LACC*, à l’instar de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »), établit une distinction fondamentale entre les exigences réglementaires continues établies en faveur du public, lesquelles continuent de s’appliquer après la restructuration, et les réclamations pécuniaires qui peuvent faire l’objet d’une transaction.

[73] Cette distinction est aussi reconnue dans la jurisprudence, selon laquelle les obligations réglementaires établies en faveur du public ne sont pas des « réclamations » aux termes de la *LFI* ni, par extension, aux termes de la *LACC*. Dans l’arrêt *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45, la Cour d’appel de l’Alberta a statué qu’un séquestre doit se conformer à une ordonnance de l’Energy Resources Conservation Board lui enjoignant de respecter des exigences en matière d’abandon de puits. Le juge en chef Laycraft, au nom de la cour, a affirmé que la question à trancher était de savoir si la *Loi sur la faillite* [TRADUCTION] « exige que les actifs se trouvant dans le patrimoine d’un titulaire de permis de puits soient distribués aux créanciers en laissant à la charge du public les obligations en matière de sécurité environnementale » (par. 29). Il a répondu par la négative :

[TRADUCTION] L’obligation est établie comme une obligation à caractère public qui doit être respectée par

citizen subject to the order complies, the result is not the recovery of money by the peace officer or public authority, or of a judgment for money, nor is that the object of the whole process. Rather, it is simply the enforcement of the general law. The enforcing authority does not become a “creditor” of the citizen on whom the duty is imposed. [Emphasis added; para. 33.]

[74] The distinction between regulatory obligations under the general law aimed at the protection of the public and monetary claims that can be compromised in CCAA restructuring or bankruptcy is a fundamental plank of Canadian corporate law. It has been repeatedly acknowledged: *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534 (B.C.S.C.); *Shirley (Re)* (1995), 129 D.L.R. (4th) 105 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 109; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 146, *per* Iacobucci J. (dissenting). As Farley J. succinctly put it in *Air Canada, Re [Regulators’ motions]* (2003), 28 C.B.R. (5th) 52 (Ont. S.C.J.), at para. 18: “Once [the company] emerges from these CCAA proceedings (successfully one would hope), then it will have to deal with each and every then unresolved [regulatory] matter.”

[75] Recent amendments to the CCAA confirm this distinction. Section 11.1(2) now explicitly provides that, except to the extent a regulator is enforcing a payment obligation, a general stay does not affect a regulatory body’s authority in relation to a corporation going through restructuring. The CCAA court may only stay specific actions or suits brought by a regulatory body, and only if such action is necessary for a viable compromise to be reached and it would not be contrary to the public interest to make such an order (s. 11.1(3)).

l’ensemble des citoyens de la collectivité à l’égard de leurs concitoyens. Lorsque le citoyen visé par l’ordonnance s’y conforme, le résultat n’est pas perçu comme le recouvrement d’une somme d’argent par un agent de la paix ou l’autorité publique, ni comme l’exécution d’un jugement ordonnant le paiement d’une somme d’argent; d’ailleurs, cela ne constitue pas non plus l’objectif de l’ensemble du processus. Il faut plutôt y voir l’application d’une loi générale. L’organisme d’application de la loi ne devient pas un « créancier » du citoyen à qui incombe l’obligation. [Je souligne; par. 33.]

[74] La distinction entre les exigences réglementaires découlant d’une loi d’application générale visant la protection du public, d’une part, et les réclamations pécuniaires pouvant faire l’objet d’une transaction dans le cadre d’une restructuration engagée sous le régime de la LACC ou en matière de faillite, d’autre part, constitue un élément important du droit canadien des sociétés. Cette distinction a maintes fois été reconnue : *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534 (C.S.C.-B.); *Shirley (Re)* (1995), 129 D.L.R. (4th) 105 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 109; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 146, le juge Iacobucci (dissident). Comme l’a dit succinctement le juge Farley dans *Air Canada, Re [Regulators’ motions]* (2003), 28 C.B.R. (5th) 52 (C.S.J. Ont.), par. 18 : [TRADUCTION] « À l’issue des procédures engagées en vertu de la LACC — souhaitons qu’elles soient couronnées de succès — [la société] aura alors à régler chacun des dossiers non résolus [en matière réglementaire]. »

[75] Des modifications apportées récemment à la LACC confirment cette distinction. Le paragraphe 11.1(2) prévoit maintenant expressément que, sauf dans la mesure où un organisme de réglementation fait respecter une obligation de paiement, une suspension générale ne porte aucunement atteinte aux pouvoirs de celui-ci à l’égard d’une société en restructuration. Le tribunal chargé d’appliquer la LACC ne peut ordonner une suspension qu’à l’égard de certaines actions ou poursuites intentées par un organisme administratif, et seulement si cette mesure est nécessaire à la conclusion d’une transaction viable et si une telle ordonnance ne serait pas contraire à l’intérêt public (par. 11.1(3)).

[76] Abitibi argues that another amendment to the CCAA, s. 11.8(9), treats ongoing regulatory duties owed to the public as claims, and erases the distinction between the two types of obligation: see *General Chemical Canada Ltd., Re*, 2007 ONCA 600, 228 O.A.C. 385, per Goudge J.A., relying on s. 14.06(8) of the BIA (the equivalent of s. 11.8(9) of the CCAA). With respect, this reads too much into the provision. Section 11.8(9) of the CCAA refers only to the situation where a government has performed remediation, and provides that the *costs of the remediation* become a claim in the restructuring process even where the environmental damage arose after CCAA proceedings have begun. As stated in *Strathcona (County) v. PriceWaterhouseCoopers Inc.*, 2005 ABQB 559, 47 Alta. L.R. (4th) 138, per Burrows J., the section “does not convert a statutorily imposed obligation owed to the public at large into a liability owed to the public body charged with enforcing it” (para. 42).

4. When Does a Regulatory Obligation Become a Claim Under the CCAA?

[77] This brings us to the heart of the question before us: When does a regulatory obligation imposed on a corporation under environmental protection legislation become a “claim” provable and compromisable under the CCAA?

[78] Regulatory obligations are, as a general proposition, not compromisable claims. Only financial or monetary claims provable by a “creditor” fall within the definition of “claim” under the CCAA. A “creditor” is defined as “a person having a claim”: s. 2, BIA. Thus, the identification of a “creditor” hangs on the existence of a “claim”. Section 12(1) of the CCAA defines “claim” as “any indebtedness, liability or obligation . . . that . . . would be a debt provable in bankruptcy”, which is

[76] Abitibi plaide qu’en vertu d’une autre modification apportée à la LACC, le par. 11.8(9), les exigences réglementaires continues établies en faveur du public sont considérées comme des réclamations, et que cette modification élimine la distinction entre les deux types d’obligations : voir *General Chemical Canada Ltd., Re*, 2007 ONCA 600, 228 O.A.C. 385, le juge Goudge, citant le par. 14.06(8) de la LFI (la disposition équivalente au par. 11.8(9) de la LACC). Avec égards, cette interprétation de la disposition est trop large. Le paragraphe 11.8(9) de la LACC vise uniquement la situation où un gouvernement a exécuté des travaux de réparation du dommage, et prévoit que les *frais de réparation* constituent une réclamation dans le cadre du processus de restructuration, même si les dommages ont été causés à l’environnement après l’introduction des procédures au titre de la LACC. Comme l’a déclaré le juge Burrows dans *Strathcona (County) c. PriceWaterhouseCoopers Inc.*, 2005 ABQB 559, 47 Alta. L.R. (4th) 138, la disposition [TRADUCTION] « ne convertit pas une exigence imposée par la loi et établie en faveur du public en général en une dette envers l’organisme public chargé d’appliquer la loi » (par. 42).

4. Quand une exigence réglementaire devient-elle une réclamation au titre de la LACC?

[77] Ceci nous amène au cœur de la question dont nous sommes saisis : quand une exigence réglementaire imposée à une société en vertu d’une loi sur la protection de l’environnement devient-elle une « réclamation » prouvable et pouvant faire l’objet d’une transaction aux termes de la LACC?

[78] En règle générale, les exigences réglementaires ne sont pas des réclamations pouvant faire l’objet d’une transaction. Seules les réclamations financières ou pécuniaires prouvables par un « créancier » correspondent à la définition de « réclamation » au sens de la LACC. Un « créancier » est défini comme étant une « [p]ersonne ayant une réclamation » : art. 2, LFI. Ainsi, l’identification d’un « créancier » repose sur l’existence d’une « réclamation ». Le paragraphe 12(1) de la LACC définit une « réclamation »



accepted as confined to obligations of a financial or monetary nature.

[79] The *CCAA* does not depart from the proposition that a claim must be financial or monetary. However, it contains a scheme to deal with disputes over whether an obligation is a monetary obligation as opposed to some other kind of obligation.

[80] Such a dispute may arise with respect to environmental obligations of the corporation. The *CCAA* recognizes three situations that may arise when a corporation enters restructuring.

[81] The first situation is where the remedial work has not been done (and there is no “sufficient certainty” that the work will be done, unlike the third situation described below). In this situation, the government cannot claim the cost of remediation: see s. 102(3) of the *EPA*. The obligation of compliance falls in principle on the monitor who takes over the corporation’s assets and operations. If the monitor remediates the property, he can claim the costs as costs of administration. If he does not wish to do so, he may obtain a court order staying the remediation obligation or abandon the property: s. 11.8(5) *CCAA* (in which case costs of remediation shall not rank as costs of administration: s. 11.8(7)). In this situation, the obligation cannot be compromised.

[82] The second situation is where the government that has issued the environmental protection order moves to clean up the pollution, as the legislation entitles it to do. In this situation, the government has a claim for the cost of remediation that is compromisable in the *CCAA* proceedings. This is because the government, by moving to clean up the pollution, has changed the outstanding regulatory

comme étant « toute dette, tout engagement ou toute obligation [. . .] qui [. . .] constituerait une dette prouvable en matière de faillite », une définition dont la portée reconnue se limite aux obligations de nature financière ou pécuniaire.

[79] La *LACC* ne s’écarte pas du principe selon lequel une réclamation doit être financière ou pécuniaire. Elle prévoit cependant un régime permettant de régler les différends portant sur la question de savoir si une obligation est de nature pécuniaire, par opposition à une obligation d’une autre nature.

[80] Les obligations environnementales qui incombent à une personne morale peuvent engendrer un tel différend. La *LACC* reconnaît trois situations susceptibles de se présenter lorsqu’une personne morale s’engage dans un processus de restructuration.

[81] La première situation est celle où les travaux de restauration du site n’ont pas été exécutés (et il n’est pas « suffisamment certain » que les travaux seront exécutés, contrairement à la troisième situation exposée ci-après). En pareil cas, le gouvernement ne peut réclamer le coût de la restauration : voir le par. 102(3) de l’*EPA*. En principe, l’obligation de se conformer à la loi incombe au contrôleur qui prend en charge l’actif et les activités de la société. Si le contrôleur exécute les travaux de restauration du site, il peut réclamer les frais en tant que frais d’administration. S’il ne désire pas le faire, il peut obtenir de la cour une ordonnance suspendant l’exigence de restauration ou il peut abandonner l’immeuble : par. 11.8(5) de la *LACC* (dans ce cas, les frais de restauration ne font pas partie des frais d’administration : par. 11.8(7)). En pareil cas, l’obligation ne peut faire l’objet d’une transaction.

[82] La deuxième situation est celle où le gouvernement qui a émis l’ordonnance environnementale prend des mesures de décontamination, ce que la législation l’autorise à faire. En pareil cas, le gouvernement peut produire, pour le coût de la décontamination, une réclamation qui pourra faire l’objet d’une transaction dans le cadre des procédures engagées sous le régime de la *LACC*. Il en est ainsi

obligation owed to the public into a financial or monetary obligation owed by the corporation to the government. Section 11.8(9), already discussed, makes it clear that this applies to damage after the CCAA proceedings commenced, which might otherwise not be claimable as a matter of timing.

[83] A third situation may arise: the government has not yet performed the remediation at the time of restructuring, but there is “sufficient certainty” that it will do so. This situation is regulated by the provisions of the CCAA for contingent or future claims. Under the CCAA, a debt or liability that is contingent on a future event may be compromised.

[84] It is clear that a mere possibility that work will be done does not suffice to make a regulatory obligation a contingent claim under the CCAA. Rather, there must be “sufficient certainty” that the obligation will be converted into a financial or monetary claim to permit this. The impact of the obligation on the insolvency process is irrelevant to the analysis of contingency. The future liabilities must not be “so remote and speculative in nature that they could not properly be considered contingent claims”: *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75, at para. 4.

[85] Where environmental obligations are concerned, courts to date have relied on a high degree of probability verging on certainty that the government will in fact step in and remediate the property. In *Anvil Range Mining Corp., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 1 (Ont. S.C.J.), Farley J. concluded that a contingent claim was established where the money had already been earmarked in the budget for the remediation project. He observed that

parce que le gouvernement, en prenant des mesures pour décontaminer le site, a transformé l'exigence réglementaire non exécutée établie en faveur du public en une obligation financière ou pécuniaire à laquelle la société est tenue envers le gouvernement. Le paragraphe 11.8(9), examiné précédemment, prévoit clairement que cette situation s'applique aux dommages survenus après que les procédures ont été engagées au titre de la LACC; en l'absence d'une telle précision, ces dommages ne pourraient faire l'objet d'une réclamation compte tenu du moment choisi pour agir.

[83] Une troisième situation peut se présenter : le gouvernement n'a pas encore exécuté des travaux de restauration au moment de la restructuration, mais il est « suffisamment certain » qu'il le fera. Cette situation est prévue par les dispositions de la LACC relatives aux réclamations éventuelles ou futures. Aux termes de la LACC, une dette ou un engagement qui dépend d'un événement futur peut faire l'objet d'une transaction.

[84] Il est évident qu'une simple possibilité que les travaux soient exécutés ne suffit pas pour transformer une exigence réglementaire en une réclamation éventuelle au titre de la LACC. Pour en arriver à ce résultat, il faut plutôt qu'il soit « suffisamment certain » que l'exigence sera convertie en une réclamation financière ou pécuniaire. L'incidence de l'exigence sur le processus d'insolvabilité n'est pas pertinente pour l'analyse du caractère éventuel de la réclamation. Les engagements futurs ne doivent pas être [TRADUCTION] « si lointains et hypothétiques qu'ils ne puissent être considérés à bon droit comme des réclamations éventuelles » : *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75, par. 4.

[85] Lorsque des exigences environnementales sont en cause, les tribunaux se sont jusqu'à ce jour fondés sur un haut degré de probabilité, proche de la certitude, que le gouvernement prendra réellement des mesures et exécutera les travaux de restauration. Dans *Anvil Range Mining Corp., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 1 (C.S.J. Ont.), le juge Farley a conclu que la preuve d'une réclamation éventuelle était établie parce que les fonds avaient

“there appears to be every likelihood to a certainty that every dollar in the budget for the year ending March 31, 2002 earmarked for reclamation will be spent” (para. 15 (emphasis added)). Similarly, in *Shirley (Re)*, Kennedy J. relied on the fact that the Ontario Minister of the Environment had already entered the property at issue and commenced remediation activities to conclude that “[a]ny doubt about the resolve of the [Ministry’s] intent to realize upon its authority ended when it began to incur expense from operations” (p. 110).

[86] There is good reason why “sufficient certainty” should be interpreted as requiring “likelihood approaching certainty” when the issue is whether ongoing environmental obligations owed to the public should be converted to contingent claims that can be expunged or compromised in the restructuring process. Courts should not overlook the obstacles governments may encounter in deciding to remediate environmental damage a corporation has caused. To begin with, the government’s decision is discretionary and may be influenced by any number of competing political and social considerations. Furthermore, remediation may cost a great deal of money. For example, in this case, the CCAA court found that at a minimum the remediation would cost in the “mid-to-high eight figures”, and could indeed cost several times that (para. 81). In concrete terms, the remediation at issue in this case may be expected to meet or exceed the entire budget of the Minister (\$65 million) for 2009. Not only would this be a massive expenditure, but it would also likely require the specific approval of the legislature and thereby be subject to political uncertainties. To assess these factors and determine whether all this will occur would embroil the CCAA judge in social, economic and political considerations — matters which are not normally subject to judicial consideration: *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 74. It is small wonder, then, that courts assessing whether it is “sufficiently certain” that a government will clean up pollution created

déjà été dédiés au projet de restauration dans le budget. Il a fait remarquer qu’[TRADUCTION] « il semble fortement probable et presque certain que chaque dollar dédié aux réclamations figurant au budget établi pour l’année se terminant le 31 mars 2002 sera dépensé » (par. 15 (je souligne)). De même, dans *Shirley (Re)*, le juge Kennedy s’est fondé sur le fait que les employés du ministère de l’Environnement de l’Ontario se trouvaient déjà sur le terrain en cause et avaient commencé les travaux de restauration pour conclure que [TRADUCTION] « [t]ous doutes quant à la détermination du [ministère] d’exercer son droit se sont estompés lorsque l’opération a commencé à lui occasionner des dépenses » (p. 110).

[86] Une bonne raison explique pourquoi il convient d’interpréter l’expression « suffisamment certain » comme exigeant une « probabilité proche de la certitude » lorsqu’il s’agit de déterminer si des exigences environnementales continues établies en faveur du public devraient être converties en réclamations éventuelles qui peuvent être rayées ou faire l’objet d’une transaction dans le cadre du processus de restructuration. Les tribunaux ne devraient pas oublier les obstacles auxquels les gouvernements peuvent se heurter lorsqu’ils décident de réparer les dommages environnementaux causés par une société. D’abord, la décision du gouvernement est discrétionnaire, et elle peut être influencée par nombre de considérations politiques et sociales concurrentes. En outre, les travaux de restauration peuvent être très coûteux. En l’espèce, par exemple, le juge de première instance a conclu que ces travaux pourraient coûter au minimum [TRADUCTION] « entre cinquante et cent millions de dollars », et même plusieurs fois cette somme (par. 81). En termes concrets, le coût des travaux en cause en l’espèce pourrait atteindre ou dépasser le budget total du ministre (65 millions de dollars) pour l’exercice 2009. Il s’agirait non seulement d’une dépense énorme, mais il faudrait probablement aussi l’approbation explicite de l’assemblée législative, avec les incertitudes politiques que cela comporte. L’évaluation de ces facteurs et l’appréciation de la possibilité que tout ce qui précède se produise entraîneraient le juge chargé d’appliquer la LACC dans des considérations d’ordre

by a corporation have insisted on proof of likelihood approaching certainty.

[87] In this case, as will be seen, apart from the Buchans property, the record is devoid of any evidence capable of establishing that it is “sufficiently certain” that the Province will itself remediate the properties. Even on a more relaxed standard than the one adopted in similar cases to date, the evidence in this case would fail to establish that remediation is “sufficiently certain”.

##### 5. The Result in This Case

[88] Five different sites are at issue in this case. The question in each case is whether the Minister has already remediated the property (making it to that extent an actual claim), or if not, whether it is “sufficiently certain” that he or she will remediate the property, permitting it to be considered a contingent claim.

[89] The Buchans site posed immediate risks to human health as a consequence of high levels of lead and other contaminants in the soil, groundwater, surface water and sediment. There was a risk that the wind would disperse the contamination, posing a threat to the surrounding population. Lead has been found in residential areas of Buchans and adults tested in the town had elevated levels of lead in their blood. In addition, a structurally unsound dam at the Buchans site raised the risk of contaminating silt entering the Exploits and Buchans rivers.

[90] The Minister quickly moved to address the immediate concern of the unsound dam and put

social, économique et politique — des questions normalement soustraites à l’examen judiciaire : *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 74. Il n’est donc pas étonnant que les tribunaux, lorsqu’il s’agit d’apprécier s’il est « suffisamment certain » qu’un gouvernement procédera à la décontamination causée par une société, s’en soient tenus à la preuve d’une probabilité proche de la certitude.

[87] En l’espèce, comme nous le verrons, à l’exclusion du site de Buchans, le dossier est dénué d’éléments de preuve susceptibles d’établir qu’il est « suffisamment certain » que la province exécutera elle-même les travaux de décontamination. Même si l’on applique une norme plus souple que celle retenue jusqu’à ce jour dans des affaires semblables, la preuve en l’espèce n’établirait pas qu’il est « suffisamment certain » que les sites seront décontaminés.

##### 5. L’issue du présent pourvoi

[88] En l’espèce, cinq sites différents sont en cause. La question dans chaque cas est de savoir si le ministre a déjà décontaminé les sites — il aurait alors une réclamation — ou, si tel n’est pas le cas, s’il est « suffisamment certain » qu’il exécutera les travaux de restauration, ce qui permettrait de considérer le coût de la décontamination comme une réclamation éventuelle.

[89] Le site de Buchans posait un risque immédiat à la santé pour les humains en raison de la forte concentration de plomb et d’autres contaminants présente dans le sol, l’eau souterraine et de surface ainsi que dans des sédiments. Il y avait un risque que le vent disperse la contamination, ce qui aurait représenté une menace pour la population environnante. On a trouvé du plomb dans des zones résidentielles de Buchans et les tests de sang ont révélé chez des adultes résidant dans la ville des concentrations élevées de plomb. De plus, un barrage en mauvais état situé sur le site de Buchans augmentait le risque de contamination du limon se déversant dans les rivières Exploits et Buchans.

[90] La ministre de l’époque a rapidement pris des mesures pour régler le problème immédiat du

out a request for tenders for other measures that required immediate action at the Buchans site. Money expended is clearly a claim under the *CCAA*. I am also of the view that the work for which the request for tenders was put out meets the “sufficiently certain” standard and constitutes a contingent claim.

[91] Beyond this, it has not been shown that it is “sufficiently certain” that the Province will do the remediation work to permit Abitibi’s ongoing regulatory obligations under the *EPA* Orders to be considered contingent debts. The same applies to the other properties, on which no work has been done and no requests for tender to do the work initiated.

[92] Far from being “sufficiently certain”, there is simply nothing on the record to support the view that the Province will move to remediate the remaining properties. It has not been shown that the contamination poses immediate health risks, which must be addressed without delay. It has not been shown that the Province has taken any steps to do any work. And it has not been shown that the Province has set aside or even contemplated setting aside money for this work. Abitibi relies on a statement by the then-Premier in discussing the possibility that the Province would be obliged to compensate Abitibi for expropriation of some of the properties, to the effect that “there would not be a net payment to Abitibi”: R.F., at para. 12. Apart from the fact that the Premier was not purporting to state government policy, the statement simply does not say that the Province would do the remediation. The Premier may have simply been suggesting that outstanding environmental liabilities made the properties worth little or nothing, obviating any net payment to Abitibi.

[93] My colleague Deschamps J. concludes that the findings of the *CCAA* court establish that it was

barrage en mauvais état et a lancé un appel d’offres relatif aux autres mesures nécessitant une intervention immédiate sur le site de Buchans. Il est clair que les sommes d’argent dépensées constituent une réclamation au sens de la *LACC*. J’estime également que les travaux à l’égard desquels des appels d’offres ont été lancés satisfont à la norme de ce qui est « suffisamment certain » et qu’ils constituent une réclamation éventuelle.

[91] Quant au reste, on n’a pas établi qu’il soit « suffisamment certain » que la province exécutera les travaux de décontamination de façon à pouvoir considérer comme des dettes éventuelles les exigences réglementaires continues que les ordonnances *EPA* ont imposées à Abitibi. La même conclusion s’applique à l’égard des autres sites, où aucun travail n’a été réalisé et pour lesquels aucun appel d’offres n’a été lancé pour l’exécution des travaux.

[92] Il n’est pas « suffisamment certain » que la province entreprenne la décontamination des autres sites : aucune preuve au dossier ne laisse entrevoir cette possibilité. Il n’a pas été démontré que la contamination pose pour la santé des risques immédiats exigeant la prise de mesures dans les plus brefs délais. Il n’a pas été démontré que la province a pris quelque mesure que ce soit pour réaliser des travaux. Et il n’a pas été démontré que la province a prévu des sommes d’argent pour ces travaux ou qu’elle a même songé à en prévoir. Abitibi se fonde sur une déclaration du premier ministre de l’époque, qui examinait la possibilité que la province soit tenue de verser à Abitibi une indemnité pour l’expropriation de certains terrains, selon laquelle [TRADUCTION] « aucun montant net ne serait versé à Abitibi » : m.i., par. 12. Mis à part le fait que le premier ministre ne prétendait pas établir une politique gouvernementale, sa déclaration n’indique aucunement que la province exécuterait la décontamination. Le premier ministre indiquait peut-être simplement qu’en raison des exigences environnementales non respectées, les terrains ne valaient plus rien ou presque et qu’il serait inutile de verser quoi que ce soit à Abitibi.

[93] Ma collègue la juge Deschamps conclut que les constatations du juge de première instance

“sufficiently certain” that the Province would remediate the land, converting Abitibi’s regulatory obligations under the *EPA* Orders to contingent claims that can be compromised under the *CCAA*. With respect, I find myself unable to agree.

[94] The *CCAA* judge never asked himself the critical question of whether it was “sufficiently certain” that the Province would do the work itself. Essentially, he proceeded on the basis that the *EPA* Orders had not been put forward in a sincere effort to obtain remediation, but were simply a money grab. The *CCAA* judge buttressed his view that the Province’s regulatory orders were not sincere by opining that the orders were unenforceable (which if true would not prevent new *EPA* orders) and by suggesting that the Province did not want to assert a contingent claim, since this might attract a counterclaim by Abitibi for the expropriation of the properties (something that may be impossible due to Abitibi’s decision to take the expropriation issue to NAFTA (the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, Can. T.S. 1994 No. 2), excluding Canadian courts). In any event, it is clear that the *CCAA* judge, on the reasoning he adopted, never considered the question of whether it was “sufficiently certain” that the Province would remediate the properties. It follows that the *CCAA* judge’s conclusions cannot support the view that the outstanding obligations are contingent claims under the *CCAA*.

[95] My colleague concludes:

[The *CCAA* judge] did at times rely on indicators that are unique and that do not appear in the analytical framework I propose above, but he did so because of the exceptional facts of this case. Yet, had he formulated the

établissement qu’il est « suffisamment certain » que la province décontaminerait les terrains, transformant ainsi les exigences réglementaires que les ordonnances *EPA* imposent à Abitibi en réclamations éventuelles pouvant faire l’objet d’une transaction sous le régime de la *LACC*. Avec égards, je ne puis souscrire à cette conclusion.

[94] Le juge de première instance ne s’est jamais posé la question cruciale de savoir s’il était « suffisamment certain » que la province exécuterait elle-même les travaux. Essentiellement, il a tenu pour acquis que les ordonnances *EPA* n’avaient pas été émises avec l’intention sincère d’obtenir la décontamination des sites, mais qu’il s’agissait simplement d’une manœuvre pour soutirer de l’argent. Le juge a renforcé son point de vue selon lequel les ordonnances réglementaires émises par la province étaient dépourvues de sincérité en exprimant l’avis qu’elles n’étaient pas susceptibles d’exécution (ce qui, si cela s’avérait exact, n’empêcherait pas que de nouvelles ordonnances soient émises). Le juge a également laissé entendre que la province ne voulait pas produire une réclamation éventuelle, ce qui aurait pu provoquer le dépôt d’une demande reconventionnelle d’Abitibi pour l’expropriation des propriétés (un résultat qui peut s’avérer impossible étant donné la décision d’Abitibi de soumettre la question de l’expropriation à l’ALÉNA (*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, R.T. Can. 1994 n° 2), en écartant la juridiction des tribunaux canadiens). Quoi qu’il en soit, il est évident que dans son raisonnement, le juge de première instance n’a jamais examiné la question de savoir s’il était « suffisamment certain » que la province décontaminerait les sites. Il s’ensuit que les conclusions du juge ne peuvent soutenir le point de vue selon lequel les obligations non exécutées constituent des réclamations éventuelles au sens de la *LACC*.

[95] Ma collègue conclut comme suit :

À l’occasion, [le juge] s’est appuyé sur des indicateurs singuliers qui ne figurent pas dans le cadre analytique que j’ai déjà proposé, mais cela s’explique par les faits exceptionnels en l’espèce. Or, s’il avait formulé la question

question in the same way as I have, his conclusion, based on his objective findings of fact, would have been the same. . . . The CCAA judge's assessment of the facts . . . leads to no conclusion other than that it was sufficiently certain that the Province would perform remediation work and therefore fall within the definition of a creditor with a monetary claim. [Emphasis added; para. 58.]

[96] I must respectfully confess to a less sanguine view. First, I find myself unable to decide the case on what I think the CCAA judge would have done had he gotten the law right and considered the central question. In my view, his failure to consider that question requires this Court to answer it in his stead on the record before us: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 35. But more to the point, I see no objective facts that support, much less compel, the conclusion that it is “sufficiently certain” that the Province will move to itself remediate any or all of the pollution Abitibi caused. The mood of the regulator in issuing remediation orders, be it disinterested or otherwise, has no bearing on the likelihood that the Province will undertake such a massive project itself. The Province has options. It could, to be sure, opt to do the work. Or it could await the result of Abitibi's restructuring and call on it to remediate once it resumed operations. It could even choose to leave the sites contaminated. There is nothing in the record that makes the first option more probable than the others, much less establishes “sufficient certainty” that the Province will itself clean up the pollution, converting it to a debt.

[97] I would allow the appeal and issue a declaration that Abitibi's remediation obligations under the EPA Orders do not constitute claims compensable under the CCAA, except for work done or tendered for on the Buchans site.

comme je l'ai posée, sa conclusion, appuyée sur ses constatations de fait objectives, aurait été la même. [. . .] L'appréciation des faits par le juge [. . .] ne permet de tirer aucune conclusion autre que celle suivant laquelle il était suffisamment certain que la province exécuterait des travaux de décontamination et qu'elle était par conséquent visée par la définition d'un créancier ayant une réclamation pécuniaire. [Je souligne; par. 58.]

[96] Avec égards, je dois avouer que je ne partage pas la certitude de ma collègue à ce titre. Premièrement, j'estime ne pas pouvoir trancher le pourvoi en me fondant sur ce que je crois qu'aurait fait le juge de première instance s'il avait alors saisi correctement le droit et examiné la question réellement en jeu. À mon avis, le fait qu'il n'ait pas examiné cette question oblige notre Cour à y répondre à sa place au vu du dossier : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 35. Mais, plus précisément, je ne vois pas de faits objectifs qui appuient, et encore moins qui imposent, la conclusion selon laquelle il est « suffisamment certain » que la province entreprendra elle-même de décontaminer un site ou tous les sites pollués par Abitibi. L'humeur de l'organisme de réglementation qui ordonne la décontamination, qu'il soit ou non désintéressé, n'a aucune incidence sur la probabilité que la province entreprenne elle-même un projet d'une telle ampleur. Des choix s'offrent à la province. Elle pourrait certes choisir d'exécuter les travaux. Ou elle pourrait attendre le résultat de la restructuration d'Abitibi et lui demander d'exécuter les travaux d'assainissement une fois qu'elle aura repris ses activités. Elle pourrait même choisir de laisser les sites contaminés. Rien au dossier n'indique que le premier choix est plus susceptible d'être retenu que les autres, et encore moins qui établisse qu'il est « suffisamment certain » que la province exécutera elle-même la décontamination, convertissant ainsi l'opération en une créance.

[97] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer que les obligations de décontaminer les sites qui incombent à Abitibi aux termes des ordonnances EPA ne constituent pas des réclamations pouvant faire l'objet d'une transaction aux termes de la LACC, à l'exception des travaux exécutés sur le site de Buchans ou à l'égard desquels des appels d'offres ont été lancés.

The following are the reasons delivered by

[98] LEBEL J. (dissenting) — I have read the reasons of the Chief Justice and Deschamps J. They agree that a court overseeing a proposed arrangement under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”), cannot relieve debtors of their regulatory obligations. The only regulatory orders that can be subject to compromise are those which are monetary in nature. My colleagues also accept that contingent environmental claims can be liquidated and compromised if it is established that the regulatory body would remediate the environmental contamination itself, and hence turn the regulatory order into a monetary claim.

[99] At this point, my colleagues disagree on the proper evidentiary test with respect to whether the government would remediate the contamination. In the Chief Justice’s opinion, the evidence must show that there is a “likelihood approaching certainty” that the province would remediate the contamination itself (para. 86). In my respectful opinion, this is not the established test for determining where and how a contingent claim can be liquidated in bankruptcy and insolvency law. The test of “sufficient certainty” described by Deschamps J., which does not look very different from the general civil standard of probability, better reflects how both the common law and the civil law view and deal with contingent claims. On the basis of the test Deschamps J. proposes, I must agree with the Chief Justice and would allow the appeal.

[100] First, no matter how I read the CCAA court’s judgment (2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1), I find no support for a conclusion that it is consistent with the principle that the CCAA does not apply to purely regulatory obligations, or that the court had evidence that would satisfy the test of “sufficient certainty” that the province of Newfoundland and

Version française des motifs rendus par

[98] LE JUGE LEBEL (dissident) — J’ai pris connaissance des motifs de la Juge en chef et de la juge Deschamps. Elles s’entendent pour affirmer qu’un tribunal qui supervise un arrangement proposé aux termes de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »), ne peut soustraire les débiteurs aux exigences réglementaires qui leurs sont imposées. Seules peuvent faire l’objet d’une transaction les ordonnances réglementaires de nature pécuniaire. Mes collègues reconnaissent également que les réclamations environnementales éventuelles peuvent être liquidées ou faire l’objet d’une transaction s’il est établi que l’organisme administratif se chargerait de la décontamination, transformant ainsi l’ordonnance réglementaire en une réclamation pécuniaire.

[99] Sur ce, mes collègues diffèrent d’opinion quant au critère de preuve applicable pour déterminer si le gouvernement entend effectuer la décontamination. De l’avis de la Juge en chef, la preuve doit démontrer une « probabilité proche de la certitude » que la province se chargerait de la décontamination (par. 86). À mon humble avis, il ne s’agit pas du critère établi pour déterminer si, et de quelle façon, une réclamation éventuelle peut être liquidée en droit de la faillite et de l’insolvabilité. Le critère de ce qui est « suffisamment certain » qu’énonce la juge Deschamps ne semble pas différer beaucoup de la norme générale de probabilité en matière civile et reflète mieux la façon dont la common law et le droit civil envisagent et traitent les réclamations éventuelles. Cependant, en appliquant le critère que propose la juge Deschamps, je dois souscrire aux motifs de la Juge en chef et je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

[100] Tout d’abord, sans égard à la façon d’envisager le jugement du tribunal chargé d’appliquer la LACC (2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1), rien à mon sens ne permet de conclure qu’il soit conforme au principe selon lequel la LACC ne s’applique pas aux exigences purement réglementaires, ou que la preuve faite devant le tribunal respecterait le critère



Labrador (“Province”) would perform the remedial work itself.

[101] In my view, the CCAA court was concerned that the arrangement would fail if the Abitibi respondents (“Abitibi”) were not released from their regulatory obligations in respect of pollution. The CCAA court wanted to eliminate the uncertainty that would have clouded the reorganized corporations’ future. Moreover, its decision appears to have been driven by an opinion that the Province had acted in bad faith in its dealings with Abitibi both during and after the termination of its operations in the Province. I agree with the Chief Justice that there is no evidence that the Province intends to perform the remedial work itself. In the absence of any other evidence, an offhand comment made in the legislature by a member of the government hardly satisfies the “sufficient certainty” test. Even if the evidentiary test proposed by my colleague Deschamps J. is applied, this Court can legitimately disregard the CCAA court’s finding as the Chief Justice proposes, since it did not rest on a sufficient factual foundation.

[102] For these reasons, I would concur with the disposition proposed by the Chief Justice.

*Appeal dismissed with costs, McLachlin C.J. and LeBel J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: WeirFoulds, Toronto; Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John’s.*

*Solicitors for the respondents AbitibiBowater Inc., Abitibi-Consolidated Inc. and Bowater Canadian Holdings Inc.: Stikeman Elliott, Toronto.*

*Solicitors for the respondent the Ad Hoc Committee of Bondholders: Goodmans, Toronto.*

*Solicitors for the respondents the Ad Hoc Committee of Senior Secured Noteholders and the U.S. Bank National Association (Indenture Trustee*

voulant qu’il soit « suffisamment certain » que la province de Terre-Neuve-et-Labrador (« province ») exécuterait elle-même les travaux de décontamination.

[101] À mon avis, le tribunal de première instance craignait un échec de l’arrangement si les sociétés du groupe Abitibi intimées (« Abitibi ») ne pouvaient se libérer des exigences réglementaires relatives à la pollution. Le tribunal voulait écarter l’incertitude qui aurait assombri l’avenir de ces sociétés après leur réorganisation. De plus, sa décision semble motivée par l’opinion suivant laquelle la province avait traité de mauvaise foi avec Abitibi dès que cette dernière eût cessé ses activités dans cette province. Je suis d’accord avec la Juge en chef pour conclure qu’aucune preuve ne confirme l’intention de la province d’exécuter elle-même les travaux de décontamination. En l’absence de tout autre élément de preuve, une remarque faite en passant par un ministre devant l’assemblée législative peut difficilement satisfaire au critère de ce qui est « suffisamment certain ». Même si l’on applique le critère de preuve que propose ma collègue la juge Deschamps, notre Cour peut légitimement écarter les conclusions du tribunal de première instance comme le propose la Juge en chef car elles ne reposent sur aucun fondement factuel suffisant.

[102] Pour ces motifs, je suis d’avis de souscrire au dispositif que propose la Juge en chef.

*Pourvoi rejeté avec dépens, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel sont dissidents.*

*Procureurs de l’appelante : WeirFoulds, Toronto; procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John’s.*

*Procureurs des intimées AbitibiBowater Inc., Abitibi-Consolidated Inc. et Bowater Canadian Holdings Inc. : Stikeman Elliott, Toronto.*

*Procureurs de l’intimé le comité ad hoc des créanciers obligataires : Goodmans, Toronto.*

*Procureurs des intimés le comité ad hoc des porteurs de billets garantis de premier rang et U.S. Bank National Association (fiduciaire*

*for the Senior Secured Noteholders): Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.*

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

*Solicitor for the interveners the Attorney General of British Columbia and Her Majesty The Queen in Right of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener Ernst & Young Inc., as Monitor: Thornton Grout Finnigan, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Friends of the Earth Canada: Ecojustice, University of Ottawa, Ottawa; Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*désigné par l'acte constitutif pour les porteurs de billets garantis de premier rang) : Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.*

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

*Procureur des intervenants le procureur général de la Colombie-Britannique et Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante Ernst & Young Inc., en sa qualité de contrôleur : Thornton Grout Finnigan, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Les Ami(e)s de la Terre Canada : Ecojustice, Université d'Ottawa, Ottawa; Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

**IN THE MATTER OF the *Broadcasting Act*,  
S.C. 1991, c. 11;**

**AND IN THE MATTER OF the Canadian  
Radio-television and Telecommunications  
Commission's Broadcasting Regulatory  
Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting  
Order CRTC 2010-168;**

**AND IN THE MATTER OF an application  
by way of a reference to the Federal Court of  
Appeal pursuant to ss. 18.3(1) and 28(2) of the  
*Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7.**

**Cogeco Cable Inc., Rogers Communications  
Inc., TELUS Communications Company and  
Shaw Communications Inc. *Appellants***

v.

**Bell Media Inc. (formerly CTV Globemedia  
Inc.), V Interactions Inc., Newfoundland  
Broadcasting Co. Ltd. and Canwest Television  
Limited Partnership *Respondents***

and

**Canadian Radio-television  
and Telecommunications  
Commission *Intervener***

**INDEXED AS: REFERENCE RE BROADCASTING  
REGULATORY POLICY CRTC 2010-167 AND  
BROADCASTING ORDER CRTC 2010-168**

**2012 SCC 68**

File No.: 34231.

2012: April 17; 2012: December 13.

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

**DANS L'AFFAIRE intéressant la *Loi sur la  
radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11;**

**ET DANS L'AFFAIRE DE la Politique  
réglementaire de radiodiffusion CRTC  
2010-167 du Conseil de la radiodiffusion  
et des télécommunications canadiennes  
et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC  
2010-168;**

**ET DANS L'AFFAIRE D'UNE demande  
introduite sous forme de renvoi à la Cour  
d'appel fédérale en vertu des par. 18.3(1) et  
28(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C.  
1985, ch. F-7.**

**Cogeco Câble Inc., Rogers Communications  
Inc., TELUS Communications Company et  
Shaw Communications Inc. *Appelantes***

c.

**Bell Media Inc. (auparavant CTV Globemedia  
Inc.), V Interactions Inc., Newfoundland  
Broadcasting Co. Ltd. et Canwest Television  
Limited Partnership *Intimées***

et

**Conseil de la radiodiffusion et  
des télécommunications  
canadiennes *Intervenant***

**RÉPERTORIÉ : RENOI RELATIF À LA POLITIQUE  
RÉGLEMENTAIRE DE RADIODIFFUSION CRTC  
2010-167 ET L'ORDONNANCE DE RADIODIFFUSION  
CRTC 2010-168**

**2012 CSC 68**

N° du greffe : 34231.

2012 : 17 avril; 2012 : 13 décembre.

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

## ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Communications law — Broadcasting — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (“CRTC”) adopting policy establishing market-based value for signal regulatory regime — Policy empowering private local television stations (“broadcasters”) to negotiate direct compensation for retransmission of signals by cable and satellite companies (“broadcasting distribution undertakings” or “BDUs”), as well as right to prohibit BDUs from retransmitting those signals if negotiations unsuccessful — Whether CRTC having jurisdiction under Broadcasting Act to implement proposed regime — Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2, 3, 5, 9, 10.*

*Legislation — Conflicting legislation — CRTC adopting policy establishing market-based value for signal regulatory regime — Policy empowering broadcasters to negotiate direct compensation for retransmission of signals by BDUs, as well as right to prohibit BDUs from retransmitting those signals if negotiations unsuccessful — Whether proposed regime conflicting with Copyright Act — Whether Copyright Act limiting discretion of CRTC in exercising regulatory and licensing powers under Broadcasting Act — Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2, 3, 5, 9, 10 — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2, 21, 31, 89.*

Responding to recent changes to the broadcasting business environment, in 2010 the CRTC sought to introduce a market-based value for signal regulatory regime, whereby private local television stations could choose to negotiate direct compensation for the retransmission of their signals by BDUs, such as cable and satellite companies. The new regime would empower broadcasters to authorize or prohibit BDUs from retransmitting their programming services. The BDUs disputed the jurisdiction of the CRTC to implement such a regime on the basis that it conflicts with specific provisions in the *Copyright Act*. As a result, the CRTC referred the question of its jurisdiction to the Federal Court of Appeal, which held the proposed regime was within the statutory authority of the CRTC pursuant to its broad mandate under the *Broadcasting Act* to regulate and supervise all aspects

## EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit des communications — Radiodiffusion — Adoption par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (« CRTC ») d'une politique établissant un régime réglementaire de compensation pour la valeur des signaux basé sur les forces du marché — Politique habilitant les stations privées de télévision locale (« radiodiffuseurs ») à négocier une compensation directe pour la retransmission de leurs signaux par les entreprises de câblodistribution et de communications par satellite (« entreprises de distribution de radiodiffusion » ou « EDR »), et leur conférant le droit d'interdire aux EDR de retransmettre ces signaux en cas d'échec des négociations — Le CRTC a-t-il compétence en vertu de la Loi sur la radiodiffusion pour mettre en œuvre le régime proposé? — Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2, 3, 5, 9, 10.*

*Législation — Conflit de lois — Adoption par le CRTC d'une politique établissant un régime réglementaire de compensation pour la valeur des signaux basé sur les forces du marché — Politique habilitant les radiodiffuseurs à négocier une compensation directe pour la retransmission de leurs signaux par les EDR, et leur conférant le droit d'interdire aux EDR de retransmettre ces signaux en cas d'échec des négociations — Le régime proposé entre-t-il en conflit avec la Loi sur le droit d'auteur? — Cette loi limite-t-elle la discrétion du CRTC lorsqu'il exerce les pouvoirs de prise de règlements et d'attribution de licences que lui confère la Loi sur la radiodiffusion? — Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2, 3, 5, 9, 10 — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2, 21, 31, 89.*

Réagissant à des changements récents survenus dans l'industrie de la radiodiffusion, le CRTC a proposé en 2010 d'établir un régime réglementaire de compensation pour la valeur des signaux basé sur les forces du marché. Suivant ce régime, les stations privées de télévision locale auraient la faculté de négocier une compensation directe pour la retransmission de leurs signaux par des EDR telles les entreprises de câblodistribution et les sociétés de communications par satellite. En vertu de ce nouveau régime, les radiodiffuseurs auraient la possibilité de permettre ou d'interdire aux EDR de retransmettre leurs services de programmation. Les EDR ont contesté la compétence du CRTC pour mettre en œuvre un tel régime, au motif qu'il entre en conflit avec certaines dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*. En conséquence, le CRTC a renvoyé une question touchant sa propre compétence devant la Cour

of the Canadian broadcasting system, and that no conflict existed between the regime and the *Copyright Act*.

*Held* (Deschamps, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The proposed regulatory regime is *ultra vires* the CRTC.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Rothstein and Moldaver JJ.: The provisions of the *Broadcasting Act*, considered in their entire context, may not be interpreted as authorizing the CRTC to implement the proposed value for signal regime.

No provision of the *Broadcasting Act* expressly grants jurisdiction to the CRTC to implement the proposed regime, and it was not sufficient for the CRTC to find jurisdiction by referring in isolation to policy objectives in s. 3 and deem that the proposed value for signal regime would be beneficial for the achievement of those objectives. Establishing any link, however tenuous, between a proposed regulation and a policy objective in s. 3 of the Act cannot be a sufficient test for conferring jurisdiction on the CRTC. Policy statements are not jurisdiction-conferring provisions and cannot serve to extend the powers of the subordinate body to spheres not granted by Parliament. Similarly, a broadly drafted basket clause in respect of regulation making authority (s. 10(1)(k)), or an open-ended power to insert “such terms and conditions as the [regulatory body] deems appropriate” when issuing licences (s. 9(1)(h)) cannot be read in isolation, but rather must be taken in context with the rest of the section in which it is found. Here, none of the specific fields for regulation set out in s. 10(1) pertain to the creation of exclusive rights for broadcasters to authorize or prohibit the distribution of signals or programs or the direct economic relationship between BDUs and broadcasters. Reading the *Broadcasting Act* in its entire context reveals that the creation of such rights is too far removed from the core purposes intended by Parliament and from the powers granted to the CRTC under that Act.

d’appel fédérale. Cette dernière a conclu que le régime proposé relevait de la compétence reconnue par la loi au CRTC, conformément au vaste mandat que lui confère la *Loi sur la radiodiffusion* en matière de réglementation et de surveillance de tous les aspects du système de radiodiffusion canadien, et qu’il n’existait aucun conflit entre le régime proposé et la *Loi sur le droit d’auteur*.

*Arrêt* (les juges Deschamps, Abella, Cromwell et Karakatsanis sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. Le régime de réglementation proposé excède les pouvoirs du CRTC.

*La* juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Rothstein et Moldaver : Lorsqu’on les interprète à la lumière de leur contexte global, on ne peut considérer que les dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* ont pour effet d’autoriser le CRTC à mettre en œuvre le régime proposé de compensation pour la valeur des signaux.

Aucune disposition de la *Loi sur la radiodiffusion* ne confère expressément au CRTC le pouvoir de mettre en œuvre le régime proposé, et il ne suffisait pas à ce dernier de se référer isolément à certains des objectifs de politique énoncés à l’art. 3 et de postuler que le régime proposé de compensation pour la valeur des signaux contribuerait à la réalisation de ces objectifs. La possibilité d’établir l’existence d’un lien — aussi ténu soit-il — entre un règlement projeté et un objectif de politique énuméré à l’art. 3 de la Loi ne saurait constituer un critère suffisant pour donner compétence au CRTC. Des énoncés de politique ne sont pas des dispositions attributives de compétence et ne peuvent pas servir à élargir les pouvoirs de cet organisme à des domaines non précisés par le législateur. De même, une clause générale rédigée en termes larges accordant un pouvoir général de prendre des règlements (al. 10(1)(k)) ou une disposition conférant à l’organisme de réglementation un pouvoir non défini l’autorisant à délivrer des licences « selon les modalités qu’il précise » (al. 9(1)(h)) ne peut être interprétée isolément, mais doit être considérée dans le contexte du reste de l’article dans lequel elle se trouve. En l’espèce, aucun des sujets précis et susceptibles d’être réglementés qui sont énumérés au par. 10(1) ne se rapporte à la création de droits exclusifs qui permettraient aux radiodiffuseurs d’autoriser ou d’interdire la distribution de signaux ou d’émissions, ou de contrôler les rapports économiques directs entre les EDR et les radiodiffuseurs. Il ressort d’une interprétation de la *Loi sur la radiodiffusion* qui tient compte du contexte global de celle-ci que la création de tels droits constitue une mesure beaucoup trop éloignée des objectifs fondamentaux visés par le législateur ainsi que des pouvoirs conférés au CRTC par cette loi.

Even if jurisdiction for the proposed value for signal regime could be found within the text of the *Broadcasting Act*, the proposed regime would conflict with specific provisions enacted by Parliament in the *Copyright Act*. First, the value for signal regime conflicts with s. 21(1) because it would grant broadcasters a retransmission authorization right against BDUs that was withheld by the scheme of the *Copyright Act*. A broadcaster's s. 21(1)(c) exclusive right to authorize, or not authorize, another broadcaster to simultaneously retransmit its signals does not include a right to authorize or prohibit a BDU from retransmitting those communication signals. It would be incoherent for Parliament to set up a carefully tailored signals retransmission right in s. 21(1), specifically excluding BDUs from the scope of the broadcasters' exclusive rights over the simultaneous retransmission of their signals, only to enable a subordinate legislative body to enact a functionally equivalent right through a related regime. The value for signal regime would upset the aim of the *Copyright Act* to effect an appropriate balance between authors' and users' rights as expressed by Parliament in s. 21(1).

Second, further conflict arises between the value for signal regime and the retransmission rights in s. 31, which creates an exception to copyright infringement for the simultaneous retransmission by a BDU of a "work" carried in local signals. The value for signal regime envisions giving broadcasters deletion rights, whereby the broadcaster unable to agree with a BDU about the compensation for the distribution of its programming services would be entitled to require any program to which it has exclusive exhibition rights to be deleted from the signals of any broadcaster distributed by the BDU. The value for signal regime would effectively overturn the s. 31 exception, entitling broadcasters to control the simultaneous retransmission of works while the *Copyright Act* specifically excludes retransmission from the control of copyright owners, including broadcasters. In doing so, it would rewrite the balance between the owners' and users' interests as set out by Parliament in the *Copyright Act*. Because the CRTC's value for signal regime is inconsistent with the purpose of the *Copyright Act*, it falls outside of the scope of the CRTC's licensing

Même si l'on pouvait trouver dans le texte de la *Loi sur la radiodiffusion* la compétence nécessaire pour mettre en œuvre le régime proposé de compensation pour la valeur des signaux, le régime proposé entrerait en conflit avec certaines dispositions précises édictées par le Parlement dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Premièrement, le régime de compensation pour la valeur des signaux entre en conflit avec le par. 21(1) de cette dernière loi, en ce qu'il accorderait aux radiodiffuseurs le droit d'autoriser ou non la retransmission de signaux par les EDR, droit qui a été refusé aux radiodiffuseurs par le régime établi par la *Loi sur le droit d'auteur*. Le droit exclusif conféré aux radiodiffuseurs par l'al. 21(1)c) — à savoir autoriser, ou refuser d'autoriser, un autre radiodiffuseur à retransmettre simultanément ses signaux — n'emporte pas celui de permettre ou d'interdire à une EDR de retransmettre ces signaux de communication. Il ne serait pas logique de la part du législateur fédéral d'instaurer au par. 21(1) un droit de retransmission soigneusement élaboré, qui soustrait explicitement les EDR du champ d'application du droit exclusif des radiodiffuseurs sur la retransmission simultanée de leurs signaux, mais d'habiliter par ailleurs un organisme de réglementation subalterne à créer un droit fonctionnellement équivalent par l'entremise d'un régime connexe. Le régime de compensation pour la valeur des signaux nuirait à la réalisation de l'objectif de la *Loi sur le droit d'auteur* qui consiste à établir un équilibre adéquat entre les droits des créateurs et ceux des utilisateurs, tel qu'il a été exprimé par le législateur au par. 21(1).

Deuxièmement, le régime de compensation pour la valeur des signaux entre également en conflit avec le droit de retransmission énoncé à l'art. 31, lequel crée une exception écartant la violation du droit d'auteur dans le cas de la retransmission simultanée par une EDR d'une « œuvre » portée par des signaux locaux. Toutefois, suivant le régime de compensation pour la valeur des signaux, les radiodiffuseurs jouiraient du droit d'exiger le retrait de certaines émissions. Ainsi, un radiodiffuseur qui n'arriverait pas à s'entendre avec une EDR sur la compensation payable pour la distribution de ses services de programmation aurait le droit d'exiger de cette EDR qu'elle retire de tous les signaux qu'elle distribue toute émission à l'égard de laquelle le radiodiffuseur aurait acquis les droits exclusifs de diffusion. Le régime de compensation pour la valeur des signaux aurait concrètement pour effet de réduire à néant l'exception prévue par l'art. 31, en accordant aux radiodiffuseurs le droit de contrôler la retransmission simultanée des œuvres, alors que la *Loi sur le droit d'auteur* exclut expressément cette activité du droit de contrôle des titulaires du droit d'auteur, y compris

and regulatory jurisdiction under the *Broadcasting Act*.

Section 31(2)(b), which provides that in order for the exception to copyright to apply the retransmission must be “lawful under the *Broadcasting Act*”, is also not sufficient to ground the CRTC’s jurisdiction to implement the value for signal regulatory regime. A general reference to “lawful under the *Broadcasting Act*” cannot authorize the CRTC, acting under open-ended jurisdiction-conferring provisions, to displace the specific direction of Parliament in the *Copyright Act*. Finally, the value for signal regime would create a new right to authorize and prevent retransmission, in effect, amending the copyright conferred by s. 21. Thus the value for signal regime would create a new type of copyright and would do so without the required Act of Parliament, contrary to s. 89.

*Per* Deschamps, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ. (dissenting): The CRTC determined that the proposed regime was necessary to preserve the viability of local television stations and ensure the fulfillment of the broadcasting policy objectives set out in s. 3(1) of the *Broadcasting Act*. Courts have consistently determined the validity of the CRTC’s exercises of power under the *Broadcasting Act* by asking whether the power was exercised in connection with a policy objective in s. 3(1). This broad jurisdiction flows from the fact that the Act contains generally-worded powers for the CRTC to regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system, to impose licensing conditions, and to make regulations as the CRTC deems appropriate to implement the objects set out in s. 3(1).

The proposed regime is within the CRTC’s regulatory jurisdiction since it is demonstrably linked to several of the basic operative broadcasting policies in s. 3. The regime is merely an extension of the current regime, which places conditions, including financial ones, on BDUs for the licence to retransmit local stations’ signals. This broad mandate to set licensing conditions in furtherance of Canada’s broadcasting

les radiodiffuseurs. Ce faisant, le régime redéfinirait l’équilibre qu’a établi le législateur, dans la *Loi sur le droit d’auteur*, entre les intérêts respectifs des titulaires du droit d’auteur et des utilisateurs. Comme ce régime est incompatible avec l’objet visé par la *Loi sur le droit d’auteur*, il échappe à la compétence conférée au CRTC par la *Loi sur la radiodiffusion* en matière de délivrance de licences et de réglementation.

L’alinéa 31(2)(b) — qui précise que, pour que s’applique l’exception écartant la violation du droit d’auteur, la retransmission doit être « licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* » — n’est pas non plus une assise suffisante afin de donner au CRTC compétence pour mettre en œuvre le régime réglementaire de compensation pour la valeur des signaux. L’expression générale « licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* » ne saurait autoriser le CRTC, lorsqu’il agit en vertu de dispositions attributives de compétence générales, à écarter une prescription précise du législateur dans la *Loi sur le droit d’auteur*. Enfin, le régime de compensation pour la valeur des signaux créerait un nouveau droit permettant à son titulaire d’autoriser et d’interdire la retransmission de signaux, modifiant ainsi concrètement le droit d’auteur conféré par l’art. 21. Ce régime créerait donc un nouveau type de droit d’auteur, sans la loi fédérale requise par l’art. 89.

*Les* juges Deschamps, Abella, Cromwell et Karakatsanis (dissidents) : Le CRTC a jugé que le nouveau régime était nécessaire pour assurer la survie des stations locales et la réalisation des objectifs de la politique de radiodiffusion énoncée au par. 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Les tribunaux ont systématiquement statué sur la validité de l’exercice par le CRTC des pouvoirs que lui accorde la *Loi sur la radiodiffusion* en se demandant s’il était possible de rattacher l’exercice du pouvoir en cause à l’un des objectifs de politique énumérés au par. 3(1). La vaste compétence reconnue au CRTC découle des pouvoirs que la Loi lui confère en termes généraux pour réglementer et surveiller tous les aspects du système de radiodiffusion canadien, assortir de certaines conditions les licences qu’il délivre et prendre des règlements, de la manière qu’il estime indiquée pour la mise en œuvre des objectifs énoncés au par. 3(1).

Le régime proposé respecte la compétence du CRTC en matière de réglementation, étant donné qu’il se rattache manifestement à plusieurs des principes directeurs fondamentaux en matière de radiodiffusion énoncés à l’art. 3. Le nouveau régime n’est simplement que le prolongement du régime actuel, lequel impose plusieurs conditions — y compris de nature financière — aux EDR en vue de l’obtention d’une licence

policy is analogous to the CRTC's broad mandate to set rates, recently upheld by this Court in *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764.

The proposed regime does not create a conflict with the *Copyright Act*. It does not give local stations a copyright in the retransmission of their television signals. BDUs derive their right to retransmit signals only from licences granted pursuant to s. 9 of the *Broadcasting Act*, and must meet the conditions imposed by the CRTC on their retransmission licences, including those set out in the proposed regime. Nothing in either the definition of "broadcaster" or in s. 21(1)(c) of the *Copyright Act* immunizes BDUs from licensing requirements put in place by the CRTC in accordance with its broadcasting mandate.

The BDUs' argument that the proposed regime creates royalties for local signals contrary to s. 31(2)(d) of the *Copyright Act*, turns s. 31(2)(d) on its head. Section 31(2)(d) simply requires that BDUs pay a royalty to copyright owners for retransmitting "distant signals". This provision has nothing to do with whether the BDUs can be required to compensate local stations for a different purpose, namely, to fulfill the conditions of their retransmission license under the *Broadcasting Act*.

## Cases Cited

By Rothstein J.

**Referred to:** *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Reference re Broadcasting Act*, 2012 SCC 4, [2012] 1 S.C.R. 142; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476; *CKOY Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 2; *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001

de retransmission des signaux des stations locales. Ce large mandat d'assortir les licences de certaines conditions pour favoriser la mise en œuvre de la politique canadienne de radiodiffusion est analogue au large mandat du CRTC en matière d'établissement de tarifs, lequel a été confirmé récemment par notre Cour dans l'arrêt *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764.

Le régime proposé ne crée pas de conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*. Il ne confère pas aux stations locales un droit d'auteur à l'égard de la retransmission de leurs signaux de télévision. Les EDR tiennent leur droit de retransmettre des signaux uniquement des licences qui leur sont attribuées en vertu de l'art. 9 de la *Loi sur la radiodiffusion*, et elles doivent satisfaire aux conditions dont le CRTC a assorti leur licence, y compris celles prévues dans le régime proposé. Rien dans l'al. 21(1)c) de la *Loi sur le droit d'auteur* ou dans la définition de « radiodiffuseur » n'a pour effet de soustraire les EDR aux exigences établies par le CRTC en matière d'attribution de licences dans le cadre de son mandat relatif à la radiodiffusion.

L'argument des EDR selon lequel le régime proposé exige le paiement de redevances pour la retransmission de signaux locaux fait dire à l'al. 31(2)d) de la *Loi sur le droit d'auteur* quelque chose qu'il ne dit pas. Cet alinéa requiert simplement que les EDR qui retransmettent des « signaux éloignés » versent des redevances aux titulaires des droits d'auteur sur ces signaux. Cette disposition n'a aucun lien avec la question de savoir si les EDR peuvent être requises de verser une compensation aux stations locales pour une autre fin, à savoir pour satisfaire aux conditions assortissant leurs licences de retransmission en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*.

## Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

**Arrêts mentionnés :** *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Renvoi relatif à la Loi sur la radiodiffusion*, 2012 CSC 4, [2012] 1 R.C.S. 142; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476; *CKOY Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 2; *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Ontario c. Canadian Pacific Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772; *R. c. Ulybel*



SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867; *Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Toronto Railway Co. v. Paget* (1909), 42 S.C.R. 488; *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591; *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305; *Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283.

By Abella and Cromwell JJ. (dissenting)

*Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867; *CKOY Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 2, aff'g (1976), 13 O.R. (2d) 156; *Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission v. CTV Television Network Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 530; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *Telecommunications Workers Union v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, 2003 FCA 381, [2004] 2 F.C.R. 3; *Assn. for Public Broadcasting in British Columbia v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1981] 1 F.C. 524, leave to appeal refused, [1981] 1 S.C.R. v; *Société Radio-Canada v. Métromédia CMR Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266; *Canadian Broadcasting League v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1983] 1 F.C. 182, aff'd [1985] 1 S.C.R. 174; *Canadian Motion Picture Distributors Assn. v. Partners of Viewer's Choice Canada* (1996), 137 D.L.R. (4th) 561; *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336.

#### Statutes and Regulations Cited

*Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, ss. 2 “broadcasting”, “broadcasting undertaking”, “distribution under-

*Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867; *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Toronto Railway Co. c. Paget* (1909), 42 R.C.S. 488; *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305; *Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C. de l'É. 382; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283.

Citée par les juges Abella et Cromwell (dissidents)

*Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591; *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867; *CKOY Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 2, conf. (1976), 13 O.R. (2d) 156; *Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes c. CTV Television Network Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 530; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Syndicat des travailleurs en télécommunications c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, 2003 CAF 381, [2004] 2 R.C.F. 3; *Assn. for Public Broadcasting in British Columbia c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1981] 1 C.F. 524, autorisation d'appel refusée, [1981] 1 R.C.S. v; *Société Radio-Canada c. Métromédia CMR Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266; *Ligue de la radiodiffusion canadienne c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1983] 1 C.F. 182, conf. par [1985] 1 R.C.S. 174; *Assoc. canadienne des distributeurs de films c. Associés de Viewer's Choice Canada*, [1996] A.C.F. n° 894 (QL); *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336.

#### Lois et règlements cités

*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 2 “loi”, “texte”.

taking”, “program”, “programming undertaking”, 3, 5, 9, 10.  
*Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, ss. 61, 62.  
*Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 “broadcaster”, “communication signal”, “compilation”, “copyright”, “dramatic work”, “telecommunication”, 2.4(1)(b), 3(1), (1.1), 21, 23(1)(c), 31, 71 to 74, 76(1), (3), 89.  
*Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 18.3, 28(2).  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 2 “Act”, “enactment”.  
*Local Signal and Distant Signal Regulations*, SOR/89-254, ss. 1, 2.  
*Radiocommunication Act*, R.S.C. 1985, c. R-2.  
*Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, s. 27.

### Treaties and Other International Instruments

*Free Trade Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America*, Can. T.S. 1989 No. 3.

### Authors Cited

Canada. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167*. Ottawa: The Commission, 2010.  
 Canada. House of Commons. Sub-Committee on the Revision of Copyright of the Standing Committee on Communications and Culture. *A Charter of Rights for Creators: Report of the Sub-Committee on the Revision of Copyright*. Ottawa: House of Commons, 1985.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Handa, Sunny, et al. *Communications Law in Canada* (loose-leaf ed.). Markham: LexisNexis, 2000 (Including Service Issues 2012).  
 McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2009 (loose-leaf updated 2012, release 3).  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.  
 Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto, Ont.: Irwin Law, 2011.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Sharlow and Layden-Stevenson J.J.A.), 2011 FCA 64, 413 N.R. 312, 91 C.P.R. (4th) 389, [2011] F.C.J. No. 197 (QL), 2011

*Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada — États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 61, 62.  
*Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. 1985, ch. R-2.  
*Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 2 « émission », « entreprise de distribution », « entreprise de programmation », « entreprise de radiodiffusion », « radiodiffusion », 3, 5, 9, 10.  
*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « compilation », « droit d'auteur », « œuvre dramatique », « signal de communication », « radiodiffuseur », « télécommunication », 2.4(1)(b), 3(1), (1.1), 21(1), 23(1)(c), 31, 71 à 74, 76(1), (3), 89.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, arts. 18.3, 28(2).  
*Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, art. 27.  
*Règlement sur la définition de signal local et de signal éloigné*, DORS/89-254, art. 1, 2.

### Traité et autres instruments internationaux

*Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1989 n° 3.

### Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Sous-comité sur la révision du droit d'auteur du Comité permanent des communications et de la culture. *Une charte des droits des créateurs et créatrices : Rapport du Sous-comité sur la révision du droit d'auteur*. Ottawa: Chambre des communes, 1985.  
 Canada. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167*. Ottawa: Le Conseil, 2010.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Handa, Sunny, et al. *Communications Law in Canada* (loose-leaf ed.). Markham: LexisNexis, 2000 (Including Service Issues 2012).  
 McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2009 (loose-leaf updated 2012, release 3).  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.  
 Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto, Ont.: Irwin Law, 2011.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Nadon, Sharlow et Layden-Stevenson), 2011 CAF 64, 413 N.R. 312, 91 C.P.R. (4th) 389, [2011] A.C.F. n° 197 (QL), 2011

CarswellNat 398. Appeal allowed, Deschamps, Abella, Cromwell and Karakatsanis dissenting.

*Neil Finkelstein, Steven G. Mason and Daniel G. C. Glover*, for the appellant Cogeco Cable Inc.

*Gerald L. Kerr-Wilson and Ariel Thomas*, for the appellants Rogers Communications Inc. and TELUS Communications Company.

*Kent E. Thomson, James Doris and Sarah Weingarten*, for the appellant Shaw Communications Inc.

*Benjamin Zarnett, Robert Malcomson, Peter Ruby and Julie Rosenthal*, for the respondents Bell Media Inc. (formerly CTV Globemedia Inc.), V Interactions Inc. and Newfoundland Broadcasting Co. Ltd.

No one appeared for the respondent Canwest Television Limited Partnership.

No one appeared for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Rothstein and Moldaver JJ. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

## I. Introduction

[1] The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (“CRTC”) has authority under the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, to regulate and supervise the Canadian broadcasting system. In 2010, the CRTC sought to introduce a market-based value for signal regulatory regime, whereby private local television stations (referred to as such or as “broadcasters”) could choose to negotiate direct compensation for the retransmission of their signals by broadcasting distribution undertakings (“BDUs”), such as cable and satellite companies. The new regime would empower broadcasters to authorize or prohibit BDUs from retransmitting their programming services. The reference question in this appeal is

CarswellNat 6332. Pourvoi accueilli, les juges Deschamps, Abella, Cromwell et Karakatsanis sont dissidents.

*Neil Finkelstein, Steven G. Mason et Daniel G. C. Glover*, pour l’appelante Cogeco Câble Inc.

*Gerald L. Kerr-Wilson et Ariel Thomas*, pour les appelantes Rogers Communications Inc. et TELUS Communications Company.

*Kent E. Thomson, James Doris et Sarah Weingarten*, pour l’appelante Shaw Communications Inc.

*Benjamin Zarnett, Robert Malcomson, Peter Ruby et Julie Rosenthal*, pour les intimées Bell Media Inc. (auparavant CTV Globemedia Inc.), V Interactions Inc. et Newfoundland Broadcasting Co. Ltd.

Personne n’a comparu pour l’intimée Canwest Television Limited Partnership.

Personne n’a comparu pour l’intervenant.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish, Rothstein et Moldaver rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

## I. Introduction

[1] Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (« CRTC ») possède, en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, le pouvoir de réglementer et de surveiller le système canadien de radiodiffusion. En 2010, le CRTC a proposé d’établir un régime réglementaire de compensation pour la valeur des signaux basé sur les forces du marché. Suivant ce régime, les stations privées de télévision locale (également appelées « radiodiffuseurs » dans les présents motifs) auraient la faculté de négocier une compensation directe pour la retransmission de leurs signaux par des entreprises de distribution de radiodiffusion (« EDR ») telles les entreprises de câblodistribution et les sociétés de communications par

whether the CRTC has jurisdiction to implement the proposed regime.

[2] The *Broadcasting Act* grants the CRTC wide discretion to implement regulations and issue licences with a view to furthering Canadian broadcasting policy as set out in the *Broadcasting Act*. However, these powers must be exercised within the statutory framework of the *Broadcasting Act*, and also the larger framework including interrelated statutes. This scheme includes the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paras. 44-52. As such, the CRTC, as a subordinate legislative body, cannot enact a regulation or attach conditions to licences under the *Broadcasting Act* that conflict with provisions of another related statute.

[3] In my opinion, the value for signal regime does just that and is therefore *ultra vires*.

## II. Facts and Procedural History

[4] Broadcasters acquire, create and produce television programming, and are licensed by the CRTC to serve a certain geographic area within the reach of their respective signal transmitters. BDUs, such as cable or satellite television service providers, pick up the over-the-air signals of broadcasters and distribute them to the BDUs' subscribers for a fee. Even though broadcasters' signals are free to anyone equipped with a television and an antenna, more than 90 percent of Canadians receive these signals as part of their cable service (transcript, at p. 2).

satellite. En vertu de ce nouveau régime, les radiodiffuseurs auraient la possibilité de permettre ou d'interdire aux EDR de retransmettre leurs services de programmation. La question soumise par renvoi dans le présent pourvoi est celle de savoir si le CRTC a compétence pour mettre en œuvre le régime proposé.

[2] La *Loi sur la radiodiffusion* confère au CRTC de vastes pouvoirs discrétionnaires l'autorisant à prendre des règlements et à attribuer des licences en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion énoncée dans la *Loi sur la radiodiffusion*. Lorsqu'il exerce ces pouvoirs, le CRTC doit toutefois respecter le cadre législatif établi par la *Loi sur la radiodiffusion*, ainsi qu'un cadre plus vaste comprenant diverses lois interreliées. La *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, est un élément de ce régime : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 44-52. En tant qu'organisme de réglementation subalterne, le CRTC ne peut prendre de règlements ou assortir de conditions les licences qu'il délivre en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, si ces règlements ou conditions entrent en conflit avec les dispositions d'une autre loi connexe.

[3] À mon avis, c'est exactement ce que fait le régime de compensation pour la valeur des signaux et, par conséquent, il est *ultra vires*.

## II. Faits et historique procédural

[4] Les radiodiffuseurs acquièrent, créent et produisent des émissions de télévision. Le CRTC leur délivre des licences les autorisant à desservir une région donnée à l'intérieur de la portée de leur émetteur respectif. Des EDR, par exemple des entreprises de câblodistribution et des sociétés de communications par satellite, captent les signaux diffusés en direct par les radiodiffuseurs et les retransmettent à leurs abonnés moyennant certains frais. Même si les signaux des radiodiffuseurs peuvent être captés gratuitement par toute personne disposant d'un téléviseur et d'une antenne, plus de 90 p. 100 des Canadiens et des Canadiennes reçoivent ces signaux dans le cadre de leurs services de câblodistribution (transcription, p. 2).

[5] BDUs must be licensed by the CRTC pursuant to s. 9 of the *Broadcasting Act*. Under the current regulatory model, the CRTC requires BDUs to provide certain benefits to broadcasters, in the nature of mandatory carriage and contributions to a local programming improvement fund accessible by certain local television stations. However, the broadcasters do not receive fees directly from the BDUs for the carriage of their signals.

[6] As noted by the Federal Court of Appeal (“FCA”), 2011 FCA 64, 413 N.R. 312, at para. 6, the CRTC has concluded that the existing model does not adequately deal with recent changes to the broadcasting business environment, which have caused advertising revenues for broadcasters to fall, while the revenues of BDUs have increased. As the FCA observed, the CRTC has concluded that this has resulted in a significant shift in their relative market positions and a financial crisis for broadcasters.

[7] As a solution, the CRTC seeks to implement what it terms a “value for signal regime”. This regime would permit broadcasters to negotiate with BDUs the terms upon which the BDUs may redistribute their signals. These are its main features:

- Broadcasters would have the right, every three years, to choose either to negotiate with BDUs for compensation for the right to retransmit the broadcaster’s programming services, or to continue to operate under the existing regulatory regime;
- A broadcaster who participates in the value for signal regime would forego all existing regulatory protections, including, for example, mandatory distribution of its signals as part of the basic package of BDU television services, and the right to require a BDU to delete a

[5] Les EDR doivent obtenir du CRTC une licence délivrée conformément à l’art. 9 de la *Loi sur la radiodiffusion*. Suivant le modèle de réglementation actuel, le CRTC oblige les EDR à offrir aux radiodiffuseurs certains avantages, notamment la distribution obligatoire de certains signaux et une contribution à un fonds pour l’amélioration de la programmation locale auquel ont accès certaines stations de télévision locale. Toutefois, les radiodiffuseurs ne reçoivent pas directement des EDR des droits pour la distribution de leurs signaux.

[6] Comme l’a souligné la Cour d’appel fédérale (« CAF »), 2011 CAF 64 (CanLII), par. 6, le CRTC a estimé que le modèle de réglementation existant ne permet pas de répondre adéquatement aux récents changements survenus dans l’industrie de la radiodiffusion, changements par suite desquels les revenus publicitaires des radiodiffuseurs ont baissé, alors que les revenus des EDR augmentaient. Ainsi que l’a fait observer la CAF, le CRTC a conclu que cette situation s’est traduite par un changement important de la position respective des parties sur le marché et par une crise financière pour les radiodiffuseurs.

[7] À titre de solution, le CRTC a proposé l’adoption de ce qu’il appelle un « régime de compensation pour la valeur des signaux ». Ce régime permettrait aux radiodiffuseurs de négocier avec les EDR les conditions auxquelles ces dernières peuvent redistribuer leurs signaux. Voici les principales caractéristiques du régime proposé :

- Les radiodiffuseurs auraient le droit, tous les trois ans, de choisir soit de négocier avec les EDR une entente fixant la contrepartie payable par celles-ci pour le droit de retransmettre les services de programmation des radiodiffuseurs, soit de continuer à appliquer le régime de réglementation existant.
- Le radiodiffuseur qui adhérerait au régime de compensation pour la valeur des signaux renoncerait à toutes les protections réglementaires existantes, par exemple la distribution obligatoire de ses signaux dans le cadre du service télévisuel de base offert par les EDR,

non-Canadian program and substitute it with the comparable program of the broadcaster, where the two programs are simultaneously broadcast and retransmitted by the BDU;

- The CRTC would only involve itself in the negotiations for the value for signal regime if the parties do not negotiate in good faith or if they request the CRTC to arbitrate;
- If no agreement is reached between the broadcaster and the BDU on the value of the distribution of the local television's programming services, the broadcaster could require the BDU to delete any program owned by the broadcaster or for which it has acquired exclusive contractual exhibition rights from all signals distributed by the BDU in the broadcaster's market.

The proposed regime is fully described in *Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167* (2010) ("2010 Policy") (A.R., vol. II, at p. 1).

[8] The BDUs disputed the jurisdiction of the CRTC to implement such a regime on the basis that it conflicts with specific provisions in the *Copyright Act*. As a result, the CRTC referred the following question to the FCA:

Is the Commission empowered, pursuant to its mandate under the *Broadcasting Act*, to establish a regime to enable private local television stations to choose to negotiate with broadcasting distribution undertakings a fair value in exchange for the distribution of the programming services broadcast by those local television stations?

A. *Federal Court of Appeal — Sharlow J.A. (Layden-Stevenson J.A. Concurring)*

[9] Sharlow J.A., writing for the majority, found the proposed regime to be within the statutory authority of the CRTC. She found that the *Broadcasting Act*

ainsi que le droit d'obliger les EDR à retirer une émission non canadienne et à la remplacer par une émission canadienne comparable du radiodiffuseur lorsque les deux émissions sont diffusées simultanément et retransmises par l'EDR.

- Le CRTC n'interviendrait dans la négociation des ententes fondées sur le régime de compensation pour la valeur des signaux que dans les cas où les parties ne négocieraient pas de bonne foi ou lui demanderaient d'agir comme arbitre.
- Si aucune entente n'intervenait entre le radiodiffuseur et l'EDR au sujet de la valeur de la distribution des services de programmation de télévision locale, le radiodiffuseur pourrait obliger l'EDR à retirer de tous les signaux distribués par celle-ci dans le marché du radiodiffuseur toute émission appartenant au radiodiffuseur ou pour laquelle ce dernier a acquis les droits contractuels exclusifs de diffusion.

Le régime proposé est décrit en détail dans la *Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167* (2010) (« Politique de 2010 ») (d.a., vol. II, p. 1).

[8] Les EDR ont contesté la compétence du CRTC pour mettre en œuvre un tel régime, au motif qu'il entre en conflit avec certaines dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*. En conséquence, le CRTC a renvoyé la question suivante devant la CAF :

Le Conseil a-t-il la compétence, en vertu du mandat que lui confère la *Loi sur la radiodiffusion*, pour établir un régime permettant aux stations privées de télévision locale de choisir de négocier avec les entreprises de distribution de radiodiffusion une juste valeur en échange de la distribution des services de programmation diffusée par ces stations de télévision locales?

A. *Cour d'appel fédérale — la juge Sharlow (avec l'appui de la juge Layden-Stevenson)*

[9] S'exprimant au nom de la majorité, la juge Sharlow a conclu que le régime proposé relevait de la compétence reconnue par la loi au CRTC. Elle

confers a broad mandate on the CRTC to regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system. Sharlow J.A. rejected the BDUs' argument that the proposed regime conflicts with the *Copyright Act*. She found that s. 21(1) of the *Copyright Act* gives a broadcaster a copyright in the signals it broadcasts, including the sole right to authorize a BDU to retransmit those signals (para. 33). In her opinion, while s. 31(2) provides that the s. 21 copyright is not infringed by a BDU when it retransmits a station's local signal, s. 31(2)(b) provides that the retransmission must be "lawful under the *Broadcasting Act*" (para. 38). She concluded that "the BDUs' statutory retransmission rights in subsection 31(2) of the *Copyright Act* [are] subject to paragraph 31(2)(b), [and that] Parliament has ranked the objectives of Canada's broadcasting policy ahead of those statutory retransmission rights" (para. 40).

B. *Federal Court of Appeal — Nadon J.A. (Dissenting)*

[10] In Nadon J.A.'s view, the proposed value for signal regime is *ultra vires* the powers of the CRTC because it conflicts with Parliament's "clear statement in paragraph 31(2)(d) of the *Copyright Act* that royalties must be paid only for the retransmission of distant signals and not for the retransmission of local signals" (para. 49). In his view, Parliament's expressed intention to treat local and distant signals differently is a limit on the CRTC's jurisdiction to impose conditions under the *Broadcasting Act* (para. 73). Given the exhaustiveness of the statutory copyright law, in Nadon J.A.'s opinion, the CRTC's regime must be *ultra vires* (para. 85).

III. Analysis

[11] The scope of the CRTC's jurisdiction under the *Broadcasting Act* must be interpreted according

a estimé que la *Loi sur la radiodiffusion* confère au CRTC un vaste mandat en matière de réglementation et de surveillance de tous les aspects du système de radiodiffusion canadien. La juge Sharlow a rejeté l'argument des EDR suivant lequel le régime proposé entrerait en conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*. Elle a estimé que le par. 21(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* reconnaît aux radiodiffuseurs un droit d'auteur à l'égard des signaux qu'ils émettent et que ce droit d'auteur comporte le droit exclusif d'autoriser une EDR à retransmettre ces signaux (par. 33). À son avis, bien que le par. 31(2) précise que l'EDR ne viole pas le droit d'auteur reconnu à la station privée de télévision locale par l'art. 21 lorsque l'EDR retransmet les signaux locaux de cette station, l'al. 31(2)(b) exige que la retransmission soit « licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* » (par. 38). Elle a conclu qu'« en assujettissant les droits de retransmission accordés aux EDR par le paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* à l'alinéa 31(2)(b), le législateur donne préséance aux objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion » (par. 40).

B. *Cour d'appel fédérale — le juge Nadon (dissent)*

[10] Le juge Nadon a exprimé l'avis que le régime de compensation pour la valeur des signaux proposé excède la compétence du CRTC, parce qu'il est incompatible avec « l'énoncé clair du législateur à l'alinéa 31(2)(d) de la *Loi sur le droit d'auteur* selon lequel des redevances ne doivent être payées que pour la retransmission des signaux éloignés, et non pour la retransmission des signaux locaux » (par. 49). Selon le juge, l'intention déclarée du législateur de traiter différemment les signaux locaux et les signaux éloignés vient limiter le pouvoir du CRTC d'imposer des conditions en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* (par. 73). De l'avis du juge Nadon, vu l'exhaustivité du cadre législatif concernant le droit d'auteur, le régime proposé excède la compétence du CRTC (par. 85).

III. Analyse

[11] La portée de la compétence conférée au CRTC par la *Loi sur la radiodiffusion* doit être

to the modern approach to statutory interpretation. *Per* Elmer A. Driedger's formulation, adopted multiple times by this Court,

the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

(See, e.g., *Bell ExpressVu*, at para. 26, *per* Iacobucci J., citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87.)

[12] In addition,

... where the provision under consideration is found in an Act that is itself a component of a larger statutory scheme, the surroundings that colour the words and the scheme of the Act are more expansive.

(*Bell ExpressVu*, at para. 27)

The entire context of the provision thus includes not only its immediate context but also other legislation that may inform its meaning (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 411).

[13] In my respectful opinion, for two reasons, the provisions of the *Broadcasting Act*, considered in their entire context, may not be interpreted as authorizing the CRTC to implement the proposed value for signal regime. First, a contextual reading of the provisions of the *Broadcasting Act* themselves reveals that they were not meant to authorize the CRTC to create exclusive rights for broadcasters to control the exploitation of their signals or works by retransmission. Second, the proposed regime would conflict with specific provisions enacted by Parliament in the *Copyright Act*.

A. *The CRTC's Jurisdiction Under the Broadcasting Act*

[14] The reference question asks whether the CRTC has the jurisdiction to implement the

analysée suivant la méthode moderne d'interprétation législative qu'a formulée le professeur Elmer A. Driedger et que notre Cour a adoptée à maintes reprises :

[TRADUCTION] ... 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.

(Voir, p. ex., *Bell ExpressVu*, par. 26, le juge Iacobucci, citant l'ouvrage d'E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87.)

[12] De plus :

... lorsque la disposition litigieuse fait partie d'une loi qui est elle-même un élément d'un cadre législatif plus large, l'environnement qui colore les mots employés dans la loi et le cadre dans lequel celle-ci s'inscrit sont plus vastes.

(*Bell ExpressVu*, par. 27)

Le contexte global d'une disposition s'entend donc non seulement de son contexte immédiat, mais aussi de tout autre texte législatif susceptible d'en éclairer le sens (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 411).

[13] À mon humble avis, lorsqu'on les interprète à la lumière de leur contexte global, on ne peut, et ce pour deux raisons, considérer que les dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* ont pour effet d'autoriser le CRTC à mettre en œuvre le régime proposé de compensation pour la valeur des signaux. Premièrement, l'interprétation contextuelle des dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* révèle qu'elles ne visent pas à autoriser le CRTC à créer, en faveur des radiodiffuseurs, des droits exclusifs habilitant ces derniers à contrôler l'exploitation de leurs signaux ou de leurs œuvres par retransmission. Deuxièmement, le régime proposé entrerait en conflit avec certaines dispositions précises édictées par le Parlement dans la *Loi sur le droit d'auteur*.

A. *Compétence conférée au CRTC par la Loi sur la radiodiffusion*

[14] Dans la question faisant l'objet du renvoi, on demande si le CRTC a compétence pour mettre en



proposed value for signal regime. Answering the question requires interpreting the powers granted to the CRTC under the *Broadcasting Act* and establishing whether the *Copyright Act* limits the discretion of the CRTC in the exercise of its regulatory and licensing powers. The relevant sections of the *Broadcasting Act* and of the *Copyright Act* are annexed to these reasons (see Appendix).

[15] There is no doubt that the licensing and the regulation-making powers granted to the CRTC are broad. The *Broadcasting Act* describes the mission of the CRTC as regulating and supervising “all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy set out in subsection 3(1)” (s. 5(1)).

[16] The powers granted to the CRTC are found in ss. 9 and 10 of the *Broadcasting Act*. Section 9 grounds the CRTC’s licensing power. Among other things, it gives the CRTC the authority to establish classes of licences, issue licences and require licensees to perform certain acts “in furtherance of its objects”. Under s. 9(1)(b)(i), the issuance of the licences may be subject to such terms and conditions “as the Commission deems appropriate for the implementation of the broadcasting policy set out in subsection 3(1)”.

[17] Section 10 confers on the CRTC the power to make regulations. It allows the CRTC to make regulations “in furtherance of its objects” and enumerates 10 specific areas for regulations. On their face, these pertain mainly to such matters as setting the standards for programs, the allocation of broadcasting time for different types of content and the carriage of certain programming services by distribution undertakings. However, s. 10(1)(k) is a basket clause granting the CRTC the residual authority to make regulations “respecting such other matters as it deems necessary for the furtherance of its objects”.

[18] Section 3(1) of the *Broadcasting Act* declares at length the broadcasting policy for Canada,

œuvre le régime de compensation pour la valeur des signaux proposé. Pour répondre à cette question, il faut interpréter les pouvoirs qui sont conférés au CRTC par la *Loi sur la radiodiffusion* et décider si la *Loi sur le droit d’auteur* limite la discrétion dont jouit le CRTC lorsqu’il exerce ses pouvoirs de réglementation et d’attribution de licences. Les articles applicables de la *Loi sur la radiodiffusion* et de la *Loi sur le droit d’auteur* sont reproduits à l’annexe jointe aux présents motifs.

[15] Il est incontestable que le CRTC dispose de vastes pouvoirs en matière de réglementation et d’attribution de licences. Aux termes de la *Loi sur la radiodiffusion*, le CRTC a pour mission de réglementer et de surveiller « tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion » (par. 5(1)).

[16] Les pouvoirs reconnus au CRTC sont énoncés aux art. 9 et 10 de la *Loi sur la radiodiffusion*. Le CRTC tient ses pouvoirs en matière d’attribution de licences de l’art. 9, qui lui permet notamment d’établir des catégories de licences, d’attribuer des licences et d’obliger les titulaires de licences à accomplir certains actes « dans l’exécution de sa mission ». Aux termes de l’al. 9(1)b), le CRTC peut assortir les licences des conditions « qu’il estime indiquées pour la mise en œuvre de la politique canadienne de radiodiffusion ».

[17] L’article 10 confère au CRTC le pouvoir d’établir des règlements. Cet article l’autorise en effet à prendre des règlements « dans l’exécution de sa mission », en plus d’énumérer 10 aspects précis pouvant être réglementés. À première vue, il s’agit principalement de questions comme l’élaboration de normes régissant les émissions, d’attribution de temps d’antenne à différents types de contenus et de distribution de certains services de programmation par des entreprises de diffusion. L’alinéa 10(1)k) constitue toutefois une clause générale accordant au CRTC le pouvoir résiduel de « prendre toute autre mesure qu’il estime nécessaire à l’exécution de sa mission ».

[18] Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* expose en détail la politique canadienne

which this Court summarized in *Reference re Broadcasting Act*, 2012 SCC 4, [2012] 1 S.C.R. 142 (“*ISP Reference*”), at para. 4, as:

... the policy objectives listed under s. 3(1) of the Act focus on content, such as the cultural enrichment of Canada, the promotion of Canadian content, establishing a high standard for original programming, and ensuring that programming is diverse.

[19] In substance, the value for signal regime would regulate the economic relationships between BDUs and broadcasters. The salient feature is that the CRTC would grant individual broadcasters an exclusive right to require deletion of the programming to which they hold exhibition rights from all signals transmitted by the BDU. This program deletion right is intended to give the broadcasters the necessary leverage to require compensation from the BDUs.

[20] No provision of the *Broadcasting Act* expressly grants jurisdiction to the CRTC to implement the proposed regime. However, the broadcasters submit that ss. 9(1)(b)(i) and 9(1)(h) empower the CRTC to dictate the terms of the carriage relationship between broadcasters and BDUs, in furtherance of Canadian broadcasting policy (R.F., at para. 65). The broadcasters submit that the power to do this also exists under s. 10(1)(g), which empowers the CRTC to make regulations “respecting the carriage of any foreign or other programming services by distribution undertakings” and s. 10(1)(k) which allows regulations to be made “respecting such other matters as [the CRTC] deems necessary for the furtherance of its objects”.

[21] In its 2010 Policy, the CRTC determined:

... in order to fulfil the policy objectives set out in section 3(1) of the Act, the system needs revision so as to permit privately-owned television broadcasters to negotiate with BDUs to establish the fair value of the product provided by those broadcasters to BDUs. [para. 163]

de radiodiffusion, que notre Cour a résumée ainsi dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la radiodiffusion*, 2012 CSC 4, [2012] 1 R.C.S. 142 (« *Renvoi sur les FSI* »), au par. 4 :

... les objectifs énoncés au par. 3(1) de la Loi s’attachent au contenu (enrichissement culturel du Canada, promotion du contenu canadien, offre d’une programmation originale de haute qualité, variété de la programmation, etc.).

[19] En substance, le régime de compensation pour la valeur des signaux réglerait les relations économiques entre les EDR et les radiodiffuseurs. Sa principale caractéristique est le fait que le CRTC accorderait à chaque radiodiffuseur le droit exclusif d’exiger le retrait des émissions dont il a acquis les droits de diffusion de tous les signaux émis par une EDR. Ce droit d’exiger le retrait d’émissions se veut un moyen d’accorder aux radiodiffuseurs l’influence nécessaire pour exiger une compensation des EDR.

[20] Aucune disposition de la *Loi sur la radiodiffusion* ne confère expressément au CRTC le pouvoir de mettre en œuvre le régime proposé. Cependant, les radiodiffuseurs soutiennent que les al. 9(1)(b) et 9(1)(h) habilite le CRTC à dicter aux radiodiffuseurs et aux EDR les modalités de distribution des signaux pour favoriser la réalisation des objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion (m.i., par. 65). Les radiodiffuseurs prétendent que le pouvoir d’instaurer un tel régime découle aussi de l’al. 10(1)(g), lequel autorise le CRTC à prendre des règlements pour « régir la fourniture de services de programmation — mêmes étrangers — par les entreprises de distribution », et de l’al. 10(1)(k), qui lui permet de « prendre toute autre mesure qu’il estime nécessaire à l’exécution de sa mission ».

[21] Dans sa Politique de 2010, le CRTC tire la conclusion suivante :

... afin d’atteindre les objectifs de politique énoncés à l’article 3(1) de la Loi, il faut corriger ce système pour permettre aux télédiffuseurs privés de négocier avec les EDR une juste valeur pour le produit qu’ils offrent aux EDR. [par. 163]

The CRTC referred specifically only to s. 3(1)(e) and (f) of the *Broadcasting Act* (see para. 152 of the 2010 Policy). In their factum, the broadcasters add ss. 3(1)(g), (s) and (t), 9 and 10 (R.F., at paras. 63-65, 69, 74-79 and 87). The CRTC did not refer to the jurisdiction-conferring provisions in ss. 9 and 10.

[22] Policy statements, such as the declaration of Canadian broadcasting policy found in s. 3(1) of the *Broadcasting Act*, are not jurisdiction-conferring provisions. They describe the objectives of Parliament in enacting the legislation and, thus, they circumscribe the discretion granted to a subordinate legislative body (Sullivan, at pp. 387-88 and 390-91). As such, declarations of policy cannot serve to extend the powers of the subordinate body to spheres not granted by Parliament in jurisdiction-conferring provisions.

[23] In my opinion, to find jurisdiction, it was not sufficient for the CRTC to refer in isolation to policy objectives in s. 3 and deem that the proposed value for signal regime would be beneficial for the achievement of those objectives. As stated by Gonthier J., writing for the majority of this Court in *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476:

... courts and tribunals must invoke statements of legislative purpose to elucidate, not to frustrate, legislative intent. In my view, the CRTC relied on policy objectives to set aside Parliament's discernable intent as revealed by the plain meaning of s. 43(5), s. 43 generally and the Act as a whole. [para. 42]

It is therefore necessary to consider the jurisdiction granted to the CRTC under ss. 9 and 10 of the Act to attach conditions to licences and to make regulations.

Le CRTC a mentionné de façon expresse uniquement les al. 3(1)e) et f) de la *Loi sur la radiodiffusion* (voir le par. 152 de la Politique de 2010). Dans leur mémoire, les radiodiffuseurs ajoutent les al. 3(1)g), s) et t), ainsi que les art. 9 et 10 (m.i., par. 63-65, 69, 74-79 et 87). Le CRTC n'a pas fait état des dispositions attributives de compétence figurant aux art. 9 et 10.

[22] Les énoncés de politique telle la déclaration relative aux objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion que l'on trouve au par. 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* ne sont pas des dispositions attributives de compétence. Ces énoncés expliquent les objectifs que poursuit le Parlement en édictant la loi en question et, ce faisant, ils circonscrivent le pouvoir discrétionnaire qui est accordé à un organisme de réglementation subalterne (Sullivan, p. 387-388 et 390-391). Les déclarations de principes ne peuvent donc pas servir à élargir les pouvoirs de cet organisme à des domaines non précisés par le législateur dans les dispositions attributives de compétence.

[23] Pour que le CRTC soit justifié de conclure qu'il avait compétence, il ne lui suffisait pas à mon avis de se référer isolément à certains des objectifs de politique énoncés à l'art. 3 et de postuler que le régime proposé de compensation pour la valeur des signaux contribuerait à la réalisation de ces objectifs. Comme l'a déclaré le juge Gonthier, au nom de la majorité, dans l'arrêt *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476 :

... les cours de justice et les tribunaux administratifs doivent avoir recours aux énoncés d'intention pour établir, et non pas pour contrecarrer l'intention du législateur. À mon avis, le CRTC s'est fondé sur les objectifs de politique pour écarter l'intention du législateur qui ressort clairement du sens ordinaire du par. 43(5), de l'art. 43 dans son ensemble et de la Loi considérée comme un tout. [par. 42]

Il est par conséquent nécessaire d'examiner la compétence qui est conférée au CRTC par les art. 9 et 10 de la Loi et qui l'autorise à assortir les licences de certaines conditions et à prendre des règlements.

[24] The broadcasters argue that the test for the CRTC's jurisdiction in enacting regulations under s. 10 of the *Broadcasting Act* is whether the regulation objectively refers to one of the objectives in s. 3. They rely on this Court's decision in *CKOY Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 2, where the majority of the Court, *per* Spence J., stated, at p. 11:

... the validity of any regulation enacted in reliance upon s. 16 [now s. 10] must be tested by determining whether the regulation deals with a class of subject referred to in s. 3 of the statute and that in doing so the Court looks at the regulation objectively.

[25] In my opinion, *CKOY* cannot stand for the proposition that establishing any link, however tenuous, between a proposed regulation and a policy objective in s. 3 of the Act is a *sufficient* test for conferring jurisdiction on the CRTC. Such an approach would conflict with the principle that policy statements circumscribe the discretion granted to a subordinate legislative body.

[26] The difference between general regulation making or licensing provisions and true jurisdiction-conferring provisions is evident when this case is compared with *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764. In *Bell Aliant*, this Court was asked to determine whether the creation and use of certain deferral accounts lay within the scope of the CRTC's express power to determine whether rates set by telecommunication companies are just and reasonable. The CRTC's jurisdiction over the setting of rates under s. 27 of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, provides that rates must be just and reasonable. Under that section, the CRTC is specifically empowered to determine compliance with that requirement and is conferred the express authority to "adopt any method or technique that it considers appropriate" for that purpose (s. 27(5)).

[24] Les radiodiffuseurs soutiennent que le critère applicable pour décider si le CRTC a compétence pour prendre un règlement donné en vertu de l'art. 10 de la *Loi sur la radiodiffusion* consiste à se demander si, objectivement, le règlement en question se rattache à l'un des objectifs énumérés à l'art. 3. Ils s'appuient à cet égard sur l'arrêt *CKOY Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 2, dans lequel notre Cour à la majorité a déclaré ce qui suit, sous la plume du juge Spence, à la p. 11 :

... pour déterminer la validité de règlements établis en vertu de l'art. 16 [maintenant l'art. 10], il faut décider s'ils portent sur une catégorie de sujets mentionnée à l'art. 3 de la Loi, et que, ce faisant, le tribunal examine les règlements d'un point de vue objectif.

[25] À mon avis, l'arrêt *CKOY* ne permet pas d'affirmer que la possibilité d'établir l'existence d'un lien — aussi ténu soit-il — entre un règlement projeté et un objectif de politique énuméré à l'art. 3 de la Loi constitue un critère *suffisant* pour donner compétence au CRTC. Un tel raisonnement irait à l'encontre du principe suivant lequel des énoncés de politique ont pour effet de circonscrire le pouvoir discrétionnaire conféré à un organisme de réglementation subalterne.

[26] La différence entre, d'une part, des dispositions générales permettant de prendre des règlements et d'attribuer des licences et, d'autre part, de véritables dispositions attributives de compétence est évidente lorsqu'on compare la présente espèce avec l'arrêt *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764. Dans cette affaire, notre Cour était appelée à décider si la création et l'utilisation de certains comptes de report relevaient du pouvoir explicite du CRTC de déterminer si les tarifs fixés par les entreprises de télécommunications sont justes et raisonnables. La compétence en matière de fixation de tarifs dont dispose le CRTC en vertu de l'art. 27 de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, précise que les tarifs doivent être justes et raisonnables. Cet article habilite de façon précise le CRTC à déterminer si cette condition est respectée et, à cette fin, lui accorde le pouvoir exprès d'« utiliser la méthode ou la technique qu'il estime appropriée » (par. 27(5)).

[27] This broad, express grant of jurisdiction authorized the CRTC to create and use the deferral accounts at issue in that case. This stands in marked contrast to the provisions on which the broadcasters seek to rely in this case, which consist of a general power to make regulations under s. 10(1)(k) and a broad licensing power under s. 9(1)(b)(i). Jurisdiction-granting provisions are not analogous to general regulation making or licensing authority because the former are express grants of specific authority from Parliament while the latter must be interpreted so as not to confer unfettered discretion not contemplated by the jurisdiction-granting provisions of the legislation.

[28] That is the fundamental point. Were the only constraint on the CRTC's powers under s. 10(1) to be found in whether the enacted regulation goes towards a policy objective in s. 3(1), the only limit to the CRTC's regulatory power would be its own discretionary determination of the wisdom of its proposed regulation in light of any policy objective in s. 3(1). This would be akin to unfettered discretion. Rather,

discretion is to be exercised within the confines of the statutory regime and principles generally applicable to regulatory matters, for which the legislature is assumed to have had regard in passing that legislation.

(*ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 50, *per* Bastarache J.)

[29] A broadly drafted basket clause, such as s. 10(1)(k), or an open-ended power to insert “such terms and conditions as the [regulatory body] deems appropriate” (s. 9(1)(h)) cannot be read in isolation: *ATCO*, at para. 46. Rather, “[t]he content of a provision ‘is enriched by the rest of the section in which it is found . . .’” (*Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*,

[27] Dans *Bell Aliant*, la vaste compétence expresse ainsi attribuée au CRTC lui permettait de créer et d'utiliser les comptes de report en litige. Cette situation se distingue nettement du présent cas et des dispositions invoquées par les radio-diffuseurs en l'espèce, à savoir le pouvoir général de prendre des règlements prévu à l'al. 10(1)(k) et le large pouvoir d'attribution de licences prévu à l'al. 9(1)(b)(i). Une disposition attributive de compétence n'est pas analogue à une disposition accordant un pouvoir général de prendre des règlements ou d'attribuer des licences. En effet, alors que par le premier type de dispositions le législateur accorde expressément une compétence précise, par le second il confère un pouvoir général qui doit être interprété de manière à éviter de reconnaître un pouvoir discrétionnaire illimité que n'envisagent pas les dispositions attributives de compétence de la loi en cause.

[28] Il s'agit là de l'aspect fondamental. Si la seule limite restreignant les pouvoirs conférés au CRTC par le par. 10(1) était l'obligation que le règlement concerné favorise la réalisation d'un des objectifs de politique énoncés au par. 3(1), la seule limite à laquelle serait assujéti le pouvoir de réglementation du CRTC serait sa propre appréciation de l'opportunité du règlement proposé à la lumière de l'un ou l'autre des objectifs en question, ce qui reviendrait à lui reconnaître un pouvoir discrétionnaire illimité. Au contraire, l'organisme

doit [. . .] exercer [son pouvoir discrétionnaire] en respectant le cadre législatif et les principes généralement applicables en matière de réglementation, dont le législateur est présumé avoir tenu compte en adoptant ces lois.

(*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 50, le juge Bastarache)

[29] Une clause générale rédigée en termes larges, par exemple l'al. 10(1)(k), ou encore un pouvoir non défini autorisant l'organisme de réglementation à délivrer des licences « selon les modalités qu'il précise » (al. 9(1)(h)) ne peuvent être interprétés isolément : *ATCO*, par. 46. Au contraire, « [l]e contenu d'une disposition “est enrichi par le reste

[1995] 2 S.C.R. 1031, at para. 64, *per* Gonthier J., citing *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 647-48; see also Sullivan, at pp. 228-29). In my opinion, none of the specific fields for regulation set out in s. 10(1) pertain to the creation of exclusive rights for broadcasters to authorize or prohibit the distribution of signals or programs, or to control the direct economic relationship between the BDUs and the broadcasters.

[30] However, the broadcasters submit that s. 10(1)(g), which enables the CRTC to make regulations “respecting the carriage of any foreign or other programming services”, and s. 9(1)(h), which empowers the CRTC to require a licensed BDU “to carry . . . programming services specified by the Commission”, together with the broad wording of ss. 10(1)(k) and 9(1)(b)(i), empower the CRTC to “dictate the terms of the carriage relationship between broadcasters and BDUs” (R.F., at para. 65). Thus, the CRTC would, in their opinion, have jurisdiction to implement the proposed regime.

[31] I cannot agree. On their face, ss. 9(1)(h) and 10(1)(g) could, for example, allow the CRTC to require the BDUs to distribute to Canadians certain types of programs, arguably, because they are deemed to be important for the country’s cultural fabric. However, it is a far cry from concluding that, coupled with ss. 10(1)(k) and 9(1)(b)(i), they entitle the CRTC to create exclusive control rights for broadcasters.

[32] This interpretation is consistent with a reading of the Act in its entire context. The *Broadcasting Act* has a primarily cultural aim. The other powers enumerated in s. 10(1) deal with such matters as the allocation of broadcasting time and the setting of standards for programs. In addition,

de l’article dans lequel il est situé” » (*Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, par. 64, le juge Gonthier, citant l’arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 647-648; voir également Sullivan, p. 228-229). À mon avis, aucun des sujets précis et susceptibles d’être réglementés qui sont énumérés au par. 10(1) ne se rapporte à la création de droits exclusifs qui permettraient aux radiodiffuseurs d’autoriser ou d’interdire la distribution de signaux ou d’émissions, ou de contrôler les rapports économiques directs entre les EDR et les radiodiffuseurs.

[30] Cependant, les radiodiffuseurs affirment que l’al. 10(1)g), aux termes duquel le CRTC peut, par règlement, « régir la fourniture de services de programmation — même étrangers — par les entreprises de distribution », ainsi que l’al. 9(1)h), qui permet au CRTC d’obliger les titulaires de licences d’exploitation d’entreprises de distribution « à offrir certains services de programmation selon les modalités qu’il précise », conjugués aux dispositions générales que sont les al. 10(1)k) et 9(1)b), habilite le CRTC à [TRADUCTION] « dicter les modalités des rapports entre les radiodiffuseurs et les EDR en ce qui concerne la fourniture des services de programmation » (m.i., par. 65). Par conséquent, le CRTC aurait, de l’avis des radiodiffuseurs, compétence pour mettre en œuvre le régime proposé.

[31] Je ne partage pas cet avis. À première vue, les al. 9(1)h) et 10(1)g) pourraient, par exemple, permettre au CRTC d’obliger les EDR à distribuer aux Canadiens certains types d’émissions, au motif que celles-ci seraient considérées importantes pour la structure culturelle du Canada. Toutefois, cela n’équivaut pas vraiment à conclure que, conjugués aux al. 10(1)k) et 9(1)b), les alinéas susmentionnés autorisent le CRTC à conférer aux radiodiffuseurs des droits de contrôle exclusifs.

[32] Cette interprétation s’accorde avec une lecture de la Loi qui prend en compte le contexte global de celle-ci. La *Loi sur la radiodiffusion* vise des objectifs principalement culturels. Les autres pouvoirs énumérés au par. 10(1) portent sur des questions telles la répartition du temps d’antenne et

the objectives of the *Broadcasting Act*, declared in s. 3(1), when read together, target “the cultural enrichment of Canada, the promotion of Canadian content, establishing a high standard for original programming, and ensuring that programming is diverse” (*ISP Reference*, at para. 4). While such declarations of policy may not be invoked as independent grants of power, they should be given due weight in interpreting specific provisions of an Act: Sullivan, at pp. 388 and 390-91. Parliament must be presumed to have empowered the CRTC to work towards implementing these cultural objectives; however, the regulatory means granted to the CRTC to achieve these objectives fall short of creating exclusive control rights.

[33] In sum, nowhere in the Act is there a reference to the creation of exclusive control rights over signals or programs. Reading the *Broadcasting Act* in its entire context reveals that the creation of such rights is too great a stretch from the core purposes intended by Parliament and from the powers granted to the CRTC under the *Broadcasting Act*.

B. *The Larger Statutory Scheme — Conflict with the Copyright Act*

(1) Connection Between the *Broadcasting Act* and the *Copyright Act*

[34] Even if jurisdiction for the proposed value for signal regime could be found within the text of the *Broadcasting Act*, that would not resolve the question in this reference as the *Broadcasting Act* is part of a larger statutory scheme that includes the *Copyright Act* and the *Telecommunications Act*. As Sunny Handa et al. explain, the *Telecommunications Act* and the *Radiocommunication Act*, R.S.C. 1985, c. R-2, are the main statutes governing carriage, and the *Broadcasting Act* deals with content, which is “the object of ‘carriage’” (S. Handa et al., *Communications Law in Canada* (loose-leaf ed.),

l’élaboration de normes régissant les émissions. De plus, si on les considère globalement, les objectifs énoncés au par. 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* « s’attachent au contenu (enrichissement culturel du Canada, promotion du contenu canadien, offre d’une programmation originale de haute qualité, variété de la programmation » (*Renvoi sur les FSI*, par. 4). Bien que de telles déclarations de principes ne puissent être considérées comme des attributions distinctes de pouvoirs, il faut leur accorder la valeur qui leur revient lors de l’interprétation de dispositions précises d’une loi : Sullivan, p. 388 et 390-391. Il faut présumer que le Parlement a donné au CRTC le pouvoir d’agir en vue de réaliser les objectifs culturels en question; toutefois, les moyens de réglementation mis à la disposition du CRTC pour réaliser ces objectifs ne vont pas jusqu’à lui permettre de créer des droits de contrôle exclusifs.

[33] En somme, il n’est fait mention nulle part dans la Loi de la création de droits de contrôle exclusifs sur les signaux ou les émissions. Il ressort d’une interprétation de la *Loi sur la radiodiffusion* qui tient compte du contexte global de celle-ci que la création de tels droits constitue une mesure beaucoup trop éloignée des objectifs fondamentaux visés par le législateur et des pouvoirs conférés au CRTC par la *Loi sur la radiodiffusion*.

B. *Cadre législatif plus large — Conflit avec la Loi sur le droit d’auteur*

(1) Liens entre la *Loi sur la radiodiffusion* et la *Loi sur le droit d’auteur*

[34] Même si l’on pouvait trouver dans le texte de la *Loi sur la radiodiffusion* la compétence nécessaire pour mettre en œuvre le régime proposé de compensation pour la valeur des signaux, cela ne réglerait pas la question posée dans le présent renvoi, car la *Loi sur la radiodiffusion* s’inscrit dans un cadre législatif plus large qui englobe la *Loi sur le droit d’auteur* et la *Loi sur les télécommunications*. Comme l’expliquent Sunny Handa et autres, la *Loi sur les télécommunications* et la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. 1985, ch. R-2, sont les principales lois en matière de distribution

at §3.21). In *Bell ExpressVu*, at para. 52, Justice Iacobucci also considered the *Copyright Act* when interpreting a provision of the *Radiocommunication Act*, saying that “there is a connection between these two statutes”. Considering that the *Broadcasting Act* and the *Radiocommunication Act* are clearly part of the same interconnected statutory scheme, it follows, in my view, that there is a connection between the *Broadcasting Act* and the *Copyright Act* as well. The three Acts (plus the *Telecommunications Act*) are part of an interrelated scheme.

[35] Indeed, the *Broadcasting Act* regulates “program[s]” that are “broadcast” for reception by the Canadian public (see s. 2(1), definitions of “broadcasting” and of “program”), with a view to implementing the Canadian broadcasting policy described in s. 3(1) of the Act. Generally speaking, “[t]he *Broadcasting Act* is primarily concerned with the programmed content delivered by means of radio waves or other means of telecommunication to the public” (Handa et al., at §5.5).

[36] The *Copyright Act* is concerned both with encouraging creativity and providing reasonable access to the fruits of creative endeavour. These objectives are furthered by a carefully balanced scheme that creates exclusive economic rights for different categories of copyright owners in works or other protected subject matter, typically in the nature of a statutory monopoly to prevent anyone from exploiting the work in specified ways without the copyright owner’s consent. It also provides user rights such as fair dealing and specific exemptions that enable the general public or specific classes of users to access protected material under certain conditions. (See, e.g., *Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at paras. 11-12 and 30; *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772,

de signaux, et la *Loi sur la radiodiffusion* porte pour sa part sur le contenu des signaux, lequel constitue [TRADUCTION] « l’objet de la “distribution” » (S. Handa et autres, *Communications Law in Canada* (éd. feuilles mobiles), §3.21). Dans l’arrêt *Bell ExpressVu*, par. 52, alors qu’il interprétait une disposition de la *Loi sur les radiocommunications*, le juge Iacobucci a également examiné la *Loi sur le droit d’auteur*, soulignant qu’il existait « un lien entre cette loi et celle sur le droit d’auteur ». Étant donné que la *Loi sur la radiodiffusion* et la *Loi sur la radiocommunication* font clairement partie du même régime législatif, il s’ensuit selon moi qu’il existe aussi un lien entre la *Loi sur la radiodiffusion* et la *Loi sur le droit d’auteur*. Ces trois lois (ainsi que la *Loi sur les télécommunications*) sont des éléments d’un régime de mesures interreliées.

[35] D’ailleurs, la *Loi sur la radiodiffusion* régit les « émissions » qui sont « diffusées » et destinées à être reçues par le public canadien (voir, au par. 2(1), la définition des termes « radiodiffusion » et « émission »), en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion énoncée au par. 3(1) de la Loi. De façon générale, [TRADUCTION] « [l]a *Loi sur la radiodiffusion* s’intéresse principalement au contenu de la programmation diffusée au public au moyen d’ondes radio ou d’autres moyens de télécommunication » (Handa et autres, §5.5).

[36] La *Loi sur le droit d’auteur* vise à la fois à encourager la créativité et à permettre aux créateurs de jouir raisonnablement du fruit de leur travail de création. La concrétisation de ces objectifs est favorisée par l’existence d’un régime soigneusement équilibré qui confère des droits économiques exclusifs à différentes catégories de titulaires du droit d’auteur sur leurs œuvres ou sur un autre objet protégé, généralement au moyen d’un monopole légal qui interdit à quiconque d’exploiter l’œuvre de certaines façons précises sans le consentement du titulaire du droit d’auteur. Ce régime établit également des droits d’utilisation telles l’utilisation équitable et certaines exemptions précises autorisant le public en général ou des catégories particulières d’utilisateurs à accéder au contenu protégé moyennant le respect de certaines conditions. (Voir, p. ex.,



at para. 21; D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at pp. 34 and 56.) Among the categories of subject matter protected by copyright are the rights of broadcasters in communication signals (see ss. 2 “copyright” and 21 of the *Copyright Act*). In addition, “program[s]” within the meaning of the *Broadcasting Act*, are often pre-recorded original content which may constitute protected works, namely “dramatic work[s]” or “compilation[s]” thereof, under the *Copyright Act*: see, e.g., discussion in J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4th ed. (loose-leaf)), at para. 15:3(a).

[37] Although the Acts have different aims, their subject matters will clearly overlap in places. As Parliament is presumed to intend “harmony, coherence, and consistency between statutes dealing with the same subject matter” (*R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867, at para. 52; Sullivan, at pp. 325-26), two provisions applying to the same facts will be given effect in accordance with their terms so long as they do not conflict.

[38] Accordingly, where multiple interpretations of a provision are possible, the presumption of coherence requires that the two statutes be read together so as to avoid conflict. Lamer C.J. wrote in *Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015, at para. 61:

There is no doubt that the principle that statutes dealing with similar subjects must be presumed to be coherent means that interpretations favouring harmony among those statutes should prevail over discordant ones . . . .

[39] In addition, “[o]rdinarily, . . . an Act of Parliament must prevail over inconsistent or conflicting subordinate legislation” (*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of*

*Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 11-12 et 30; *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772, par. 21; D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2<sup>e</sup> éd. 2011), p. 34 et 56.) Parmi les catégories d’objets protégés par le droit d’auteur, mentionnons les droits des radiodiffuseurs sur les signaux de communication (voir la définition de « droit d’auteur » à l’art. 2, ainsi que l’art. 21 de la *Loi sur le droit d’auteur*). Qui plus est, les « émission[s] » au sens de la *Loi sur la radiodiffusion* se présentent souvent sous forme de contenu original pré-enregistré susceptible de constituer une œuvre protégée, à savoir des « œuvre[s] dramatique[s] » ou des « compilation[s] » de telles œuvres au sens de la *Loi sur le droit d’auteur* : voir, p. ex., l’analyse dans J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), par. 15:3(a).

[37] Bien que les deux lois visent des objectifs différents, les sujets dont elles traitent se recoupent inévitablement. Comme le législateur est présumé avoir voulu « l’harmonie, la cohérence et l’uniformité entre les lois traitant du même sujet » (*R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867, par. 52; Sullivan, p. 325-326), on donnera effet suivant leur libellé à deux dispositions s’appliquant aux mêmes faits, dès lors qu’elles n’entrent pas en conflit l’une avec l’autre.

[38] Par conséquent, lorsqu’une disposition se prête à plusieurs interprétations, la présomption de cohérence exige que, afin d’éviter les conflits, les lois en cause soient interprétées ensemble. Dans l’arrêt *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015, par. 61, le juge en chef Lamer a écrit ce qui suit :

Certes, selon le principe de la présomption de cohérence des lois qui portent sur des sujets analogues, l’interprète doit chercher l’harmonisation entre ces lois plutôt que leur contradiction . . . .

[39] De plus, « [n]ormalement, la loi fédérale doit l’emporter sur le texte réglementaire incompatible » (*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1

*Transport*), [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 38). Consequently, as it would be impermissible for the CRTC, a subordinate legislative body, to implement subordinate legislation in conflict with another Act of Parliament, the open-ended jurisdiction-conferring provisions of the *Broadcasting Act* cannot be interpreted as allowing the CRTC to create conflicts with the *Copyright Act*.

[40] It is therefore necessary to first determine if a conflict arises.

## (2) Types of Conflict

[41] For the purposes of statutory interpretation, conflict is defined narrowly. It has been said that overlapping provisions will be given effect according to their terms, unless they “cannot stand together” (*Toronto Railway Co. v. Paget* (1909), 42 S.C.R. 488, at p. 499 *per* Anglin J.).

[42] In *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591, the Court was concerned with incoherence between provisions of two statutes emanating from the same legislature. Bastarache J., writing for the majority, defined conflict, at para. 47:

The test for determining whether an unavoidable conflict exists is well stated by Professor Côté in his treatise on statutory interpretation:

According to case law, two statutes are not repugnant simply because they deal with the same subject: application of one must implicitly or explicitly preclude application of the other.

(P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 350)

Thus, a law which provides for the expulsion of a train passenger who fails to pay the fare is not in conflict with another law that only provides for a fine because the application of one law did not exclude the application of the other (*Toronto Railway Co. v. Paget* (1909), 42 S.C.R. 488). Unavoidable conflicts, on the other hand, occur when two pieces of legislation are directly contradictory or where their concurrent application would lead to unreasonable or absurd results. A law, for

R.C.S. 3, p. 38). En conséquence, comme il ne serait pas permis au CRTC, en tant qu'organisme de réglementation subalterne, de mettre en œuvre un texte réglementaire qui entre en conflit avec une autre loi fédérale, les dispositions attributives de compétence de nature générale de la *Loi sur la radiodiffusion* ne peuvent être interprétées de manière à permettre au CRTC de créer des conflits avec la *Loi sur le droit d'auteur*.

[40] Il est donc nécessaire de décider tout d'abord s'il y a un conflit.

## (2) Types de conflits

[41] En matière d'interprétation des lois, la notion de conflit est définie étroitement. Il a été jugé que des dispositions qui se chevauchent seront appliquées suivant leur libellé, à moins qu'elles [TRADUCTION] « ne puissent coexister » (*Toronto Railway Co. c. Paget* (1909), 42 R.C.S. 488, p. 499, le juge Anglin).

[42] Dans l'affaire *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591, la Cour s'est penchée sur l'incompatibilité de dispositions de deux lois émanant du même législateur. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Bastarache a défini comme suit la notion de « conflit », au par. 47 :

Le critère à appliquer pour déterminer si un conflit est inévitable est clairement énoncé par le professeur Côté dans son traité d'interprétation des lois :

Selon la jurisprudence, deux lois ne sont pas en conflit du simple fait qu'elles s'appliquent à la même matière : il faut que l'application de l'une exclue, explicitement ou implicitement, celle de l'autre.

(P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3<sup>e</sup> éd. 1999), p. 443)

Ainsi, une loi prévoyant que le passager d'un train qui ne paye pas son passage doit être expulsé n'est pas en conflit avec une autre loi prévoyant uniquement l'imposition d'une amende, parce que l'application d'une loi n'exclut pas l'application de l'autre loi (*Toronto Railway Co. c. Paget* (1909), 42 R.C.S. 488). Par contre, il y a un conflit inévitable lorsque deux lois sont directement contradictoires ou que leur application concurrente donnerait lieu à un résultat déraisonnable ou absurde. Par exemple, la

example, which allows for the extension of a time limit for filing an appeal only before it expires is in direct conflict with another law which allows for an extension to be granted after the time limit has expired (*Massicotte v. Boutin*, [1969] S.C.R. 818). [Emphasis added.]

[43] Absurdity also refers to situations where the practical effect of one piece of legislation would be to frustrate the *purpose* of the other (*Lévis*, at para. 54; Sullivan, at p. 330).

[44] This view is not inconsistent with the approach to conflict adopted in federalism jurisprudence. For the purposes of the doctrine of paramountcy, this Court has recognized two types of conflict. Operational conflict arises when there is an *impossibility of compliance* with both provisions. The other type of conflict is incompatibility of purpose. In the latter type, there is no impossibility of dual compliance with the letter of both laws; rather, the conflict arises because applying one provision would frustrate the *purpose* intended by Parliament in another. See, e.g., *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86, at paras. 77 and 84.

[45] Cases applying the doctrine of federal paramountcy present some similarities in defining conflict as either operational conflict or conflict of purpose (*Friends of the Oldman River Society*, at p. 38). These definitions of legislative conflict are therefore helpful in interpreting two statutes emanating from the same legislature. The CRTC's powers to impose licensing conditions and make regulations should be understood as constrained by each type of conflict. Namely, in seeking to achieve its objects, the CRTC may not choose means that either operationally conflict with specific provisions of the *Broadcasting Act*, the *Radiocommunication Act*, the *Telecommunications Act*, or the *Copyright Act*; or which would be incompatible with the purposes of those Acts.

loi qui autorise la prorogation du délai de dépôt d'un appel uniquement avant l'expiration du délai est en conflit direct avec une autre loi qui autorise l'acceptation d'une demande de prorogation après l'expiration du délai (*Massicotte c. Boutin*, [1969] R.C.S. 818). [Je souligne.]

[43] On entend également par résultat absurde les situations où une loi aurait concrètement pour effet d'aller à l'encontre de l'*objet* de l'autre loi (*Lévis*, par. 54; Sullivan, p. 330).

[44] Cette conception n'est pas incompatible avec la notion de conflit retenue par la jurisprudence sur le fédéralisme. Pour l'application de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales, notre Cour a reconnu l'existence de deux types de conflits. Il y a conflit d'application lorsqu'il est *impossible de se conformer* aux deux dispositions en même temps. L'autre type de conflits concerne les cas d'incompatibilité d'objets. Dans les conflits de ce deuxième type, il n'y a pas impossibilité de se conformer à la lettre des deux lois; le conflit découle plutôt du fait que l'application d'une disposition s'opposerait à l'*objet* qu'entend réaliser le Parlement dans une autre. Voir, p. ex., *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86, par. 77 et 84).

[45] Les décisions dans lesquelles les tribunaux ont appliqué la doctrine de la prépondérance fédérale présentent certaines similitudes dans la mesure où l'on y définit les conflits comme des conflits d'application ou d'objets (*Friends of the Oldman River Society*, p. 38). Ces définitions de la notion de conflits de lois sont donc utiles pour interpréter deux lois émanant du même législateur. Le pouvoir du CRTC de prendre des règlements et d'assortir de certaines conditions les licences qu'il délivre doit être considéré comme assujéti aux limites découlant de chaque type de conflits. Autrement dit, en vue de réaliser sa mission, le CRTC ne peut choisir des moyens qui entraînent un conflit d'application avec des dispositions précises de la *Loi sur la radiodiffusion*, de la *Loi sur la radiocommunication*, de la *Loi sur les télécommunications* ou de la *Loi sur le droit d'auteur*, ou encore qui seraient incompatibles avec l'objet de ces diverses lois.

(3) The Allocation of Rights Under the Copyright Act(a) *Section 21*

[46] The BDUs contend that the CRTC's proposed value for signal regime conflicts with the retransmission regimes specifically established in ss. 21(1)(c) and 31(2) of the *Copyright Act*.

[47] It is necessary to describe the *Copyright Act's* regimes at some length. It will become apparent from this description that, in my respectful view, the analysis of the *Copyright Act* conducted by the majority of the FCA is problematic.

[48] The BDUs first submit that s. 21(1) of the *Copyright Act* conflicts with the value for signal regime. Section 21(1) grants broadcasters a limited copyright in the over-the-air signals they broadcast. This copyright gives the broadcaster the sole right to authorize or to do four acts in relation to a communication signal or any substantial part of it:

- (a) to fix it;
- (b) to reproduce any fixation of it that was made without the broadcaster's consent;
- (c) to authorize another broadcaster to retransmit it to the public simultaneously with its broadcast; and
- (d) in the case of a television communication signal, to perform it in a place open to the public on payment of an entrance fee,

and to authorize any act described in paragraph (a), (b) or (d).

[49] The aspect relevant for this appeal is in para. (c). Under this paragraph, a broadcaster has the sole right to authorize another *broadcaster* to retransmit simultaneously a communication signal.

(3) Droits attribués par la Loi sur le droit d'auteura) *Article 21*

[46] Les EDR affirment que le régime de compensation pour la valeur des signaux proposé par le CRTC entre en conflit avec les régimes de retransmission expressément établis à l'al. 21(1)c) et au par. 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[47] Il est nécessaire de décrire de manière assez détaillée les régimes prévus par la *Loi sur le droit d'auteur*. À mon humble avis, cette description fera ressortir le caractère problématique de l'analyse de la *Loi sur le droit d'auteur* effectuée par les juges majoritaires de la CAF.

[48] Les EDR soutiennent tout d'abord que le par. 21(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* entre en conflit avec le régime de compensation pour la valeur des signaux. Cette disposition accorde aux radiodiffuseurs un droit d'auteur limité sur les signaux qu'ils diffusent en direct. Ce droit d'auteur confère au radiodiffuseur le droit exclusif, à l'égard du signal de communication qu'il émet ou de toute partie importante de celui-ci, d'accomplir ou d'autoriser l'un des quatre actes suivants :

- a) de le fixer;
- b) d'en reproduire toute fixation faite sans son autorisation;
- c) d'autoriser un autre radiodiffuseur à le retransmettre au public simultanément à son émission;
- d) d'exécuter en public un signal de communication télévisuel en un lieu accessible au public moyennant droit d'entrée.

Il a aussi le droit d'autoriser les actes visés aux alinéas a), b) et d).

[49] L'aspect pertinent pour les besoins du présent pourvoi est celui prévu à l'al. c). Aux termes de cet alinéa, le radiodiffuseur a le droit exclusif d'autoriser un autre *radiodiffuseur* à retransmettre

Section 2 of the *Copyright Act* defines “broadcaster” as

a body that, in the course of operating a broadcasting undertaking, broadcasts a communication signal in accordance with the law of the country in which the broadcasting undertaking is carried on, but excludes a body whose primary activity in relation to communication signals is their retransmission.

[50] The underlined portion of the definition refers to BDUs. BDUs are not a “broadcaster” within the meaning of the *Copyright Act* because their primary activity in relation to communication signals is their retransmission. Thus, the broadcaster’s s. 21(1)(c) right to authorize, or not authorize, another broadcaster to simultaneously retransmit its signals does not apply against BDUs. In other words, under s. 21 of the *Copyright Act*, a broadcaster’s exclusive right does not include a right to authorize or prohibit a BDU from retransmitting its communication signals.

(b) *Section 31*

[51] In addition to their s. 21 rights in communication signals, broadcasters may hold other retransmission rights under the *Copyright Act*. As mentioned, a pre-recorded television *program* is often copyright subject matter that can be protected as an original “dramatic work” or a “compilation” thereof (s. 2 of the *Copyright Act*). The broadcaster, as a corporation, may hold copyright in the pre-recorded program or compilation of programs carried in its signals, either as the employer of the author of such a work or as an assignee of copyright from the original author.

[52] The *Copyright Act* seeks to regulate the economic rights in communication signals, as well as the retransmission of works by BDUs. The BDUs contend that the value for signal regime would conflict with the retransmission regime for works

simultanément un signal de communication. Le mot « radiodiffuseur » est défini comme suit à l’art. 2 de la *Loi sur le droit d’auteur* :

Organisme qui, dans le cadre de l’exploitation d’une entreprise de radiodiffusion, émet un signal de communication en conformité avec les lois du pays où il exploite cette entreprise; est exclu de la présente définition l’organisme dont l’activité principale, liée au signal de communication, est la retransmission de celui-ci.

[50] Le passage souligné de la définition réfère aux EDR. Ces dernières ne sont pas des « radiodiffuseurs » au sens de la *Loi sur le droit d’auteur*, parce que leur principale activité en ce qui concerne les signaux de communication consiste à les retransmettre. Par conséquent, le droit conféré aux radiodiffuseurs par l’al. 21(1)(c) — à savoir autoriser, ou refuser d’autoriser, un autre radiodiffuseur à retransmettre simultanément ses signaux — ne peut être opposé aux EDR. En d’autres termes, suivant l’art. 21 de la *Loi sur le droit d’auteur*, le droit exclusif des radiodiffuseurs n’emporte pas celui de permettre ou d’interdire à une EDR de retransmettre leurs signaux de communication.

b) *Article 31*

[51] Outre les droits que leur reconnaît l’art. 21 en matière de signaux de communication, les radiodiffuseurs peuvent détenir d’autres droits de retransmission en vertu de la *Loi sur le droit d’auteur*. Comme il a été expliqué précédemment, une *émission* de télévision préenregistrée fait souvent l’objet d’un droit d’auteur qui peut être protégé en tant qu’« œuvre dramatique » originale ou « compilation » de telles œuvres (art. 2 de la *Loi sur le droit d’auteur*). À titre de personne morale, le radiodiffuseur peut être titulaire du droit d’auteur sur l’émission préenregistrée ou la compilation d’émissions qu’il diffuse en qualité d’employeur de l’auteur de l’œuvre en question ou de cessionnaire du droit d’auteur de l’auteur original.

[52] La *Loi sur le droit d’auteur* vise à régir les droits économiques sur les signaux de communication, ainsi que la retransmission des œuvres par les EDR. Celles-ci affirment que le régime de compensation pour la valeur des signaux entrerait en

set out in s. 31 of the *Copyright Act*. The proposed regime would enable broadcasters to control the simultaneous retransmission of *programs*, by granting them the right to require deletion of any *program* in which they own or control the copyright from all signals distributed by the BDU, if no agreement is reached on compensation for the simultaneous retransmission of the broadcaster's programming services.

[53] The *Copyright Act* in s. 3(1)(f) confers on the owner of copyright in a work the exclusive right to communicate it to the public by telecommunication. Section 3(1)(f) provides:

3. (1) For the purposes of this Act, “copyright”, in relation to a work, means the sole right . . .

. . . .

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

. . . .

[T]elecommunication”, in s. 2 of the Act, is broadly defined to include

any transmission of . . . intelligence of any nature by wire, radio, visual, optical or other electromagnetic system.

[54] These general words would at first blush confer on the copyright owner, including a broadcaster in that capacity, the right to control the retransmission of the works in which it holds copyright. However, s. 31(2) of the *Copyright Act* proceeds in detailed fashion to circumscribe the right of copyright owners to control the *retransmission* of literary, dramatic, musical or artistic works carried in signals. “[S]ignal” is defined for the purposes of s. 31(2) to mean “a signal that carries a literary, dramatic, musical or artistic work and is transmitted for free reception by the public by a terrestrial radio or terrestrial television station” (see s. 31(1)). Section 31(1) defines “retransmitter” as “a

conflit avec le régime de retransmission des œuvres prévu à l’art. 31 de la *Loi sur le droit d’auteur*. Le régime proposé permettrait aux radiodiffuseurs de contrôler la retransmission simultanée d’émissions en leur reconnaissant le droit d’exiger le retrait de toute émission à l’égard de laquelle ils détiennent ou contrôlent le droit d’auteur de tous les signaux distribués par l’EDR, si aucune entente n’est conclue sur la compensation à verser pour la retransmission simultanée des services de programmation du radiodiffuseur.

[53] L’alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur* accorde au titulaire du droit d’auteur sur une œuvre le droit exclusif de communiquer celle-ci au public par télécommunication. Cet alinéa est rédigé ainsi :

3. (1) Le droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif . . .

. . . .

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

. . . .

Le mot « télécommunication » est défini largement à l’art. 2 de la Loi et il s’entend notamment de

toute transmission de [. . .] renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique.

[54] Ces termes généraux semblent à première vue conférer au titulaire du droit d’auteur, y compris à un radiodiffuseur agissant en cette qualité, le droit de contrôler la retransmission des œuvres sur lesquelles il détient un droit d’auteur. Toutefois, le par. 31(2) de la *Loi sur le droit d’auteur* circonscrit de façon détaillée le droit des titulaires du droit d’auteur de contrôler la *retransmission* des œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques portées par les signaux. Pour l’application du par. 31(2), le mot « signal » s’entend de : « [t]out signal porteur d’une œuvre transmis à titre gratuit au public par une station terrestre de radio ou de télévision » (voir le par. 31(1)). Au paragraphe 31(1), le

person who performs a function comparable to that of a cable retransmission system”.

[55] Section 31(2) provides:

**31. . . .**

(2) It is not an infringement of copyright for a retransmitter to communicate to the public by telecommunication any literary, dramatic, musical or artistic work if

(a) the communication is a retransmission of a local or distant signal;

(b) the retransmission is lawful under the *Broadcasting Act*;

(c) the signal is retransmitted simultaneously and without alteration, except as otherwise required or permitted by or under the laws of Canada;

(d) in the case of the retransmission of a distant signal, the retransmitter has paid any royalties, and complied with any terms and conditions, fixed under this Act; and

(e) the retransmitter complies with the applicable conditions, if any, referred to in paragraph (3)(b).

[56] Read together, ss. 31(1) and 31(2) create an *exception* to the exclusive right of the copyright owners of literary, dramatic, musical or artistic works to control the communication of their works to the public by telecommunication. The exception, or user’s right, in effect, entitles BDUs to retransmit those works without the copyright owners’ consent, where the conditions set out in paras. (a) through (e) are met. Paragraph (b) provides that the retransmission must be lawful under the *Broadcasting Act*. I will come back to the meaning of this particular condition.

[57] In the case of works carried in distant signals only, the section provides copyright owners with a right to receive royalties as payment for the simultaneous retransmission of those works by a BDU. The royalties are determined by the

terme « retransmetteur » est défini comme suit : « [p]ersonne, autre qu’un retransmetteur de nouveaux médias, dont l’activité est comparable à celle d’un système de retransmission par fil ».

[55] Voici le texte du par. 31(2) :

**31. . . .**

(2) Ne constitue pas une violation du droit d’auteur le fait, pour le retransmetteur, de communiquer une œuvre au public par télécommunication si, à la fois :

a) la communication consiste en la retransmission d’un signal local ou éloigné, selon le cas;

b) la retransmission est licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*;

c) le signal est retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, simultanément et sans modification;

d) dans le cas de la retransmission d’un signal éloigné, le retransmetteur a acquitté les redevances et respecté les modalités fixées sous le régime de la présente loi;

e) le retransmetteur respecte les conditions applicables, le cas échéant, visées à l’alinéa (3)b).

[56] Considérés ensemble, les par. 31(1) et 31(2) créent une *exception* au droit exclusif des titulaires du droit d’auteur sur des œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques de contrôler la communication de leurs œuvres au public par télécommunication. L’exception, ou droit de l’utilisateur, permet en fait aux EDR de retransmettre les œuvres en question sans le consentement du titulaire du droit d’auteur, lorsque les conditions énumérées aux al. a) à e) sont réunies. L’alinéa b) précise que la retransmission doit être licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*. Je reviendrai plus loin sur le sens de cette condition particulière.

[57] Dans le cas des œuvres portées uniquement par des signaux éloignés, la disposition en question confère aux titulaires du droit d’auteur le droit de percevoir des redevances pour la retransmission simultanée de ces œuvres par une EDR.

Copyright Board, on the basis of tariffs filed by collective societies, pursuant to the regime detailed in ss. 71 to 74 of the *Copyright Act*. Under s. 31(2), works carried in local signals attract no royalty when retransmitted in accordance with all conditions of that section. The Governor in Council has defined “local signal” as the signal of a terrestrial station reaching all or a portion of the service area of a retransmitter. A “distant signal” is a signal that is not a local signal. See ss. 1 and 2 of *Local Signal and Distant Signal Regulations*, SOR/89-254.

[58] It bears underlining that, in the case of works carried in both local and distant signals, the copyright owner has *no right to prohibit* the simultaneous retransmission of the work; recourse is limited to receiving through a collective society the prescribed royalty, but only for the simultaneous retransmission of works carried in distant signals (ss. 76(1) and 76(3) of the *Copyright Act*). On the one hand, the copyright owner is granted a general right to retransmit the work. This retransmission right is part of the right, under s. (3)(1)(f), to communicate the work by telecommunication to the public. On the other hand, the owner’s general right to retransmit is restricted by a carve-out in s. 31(2) of the *Copyright Act*, which effectively grants to a specific class of retransmitters two retransmission rights. The first right lets these users simultaneously retransmit without a royalty payment, works carried in a local signal. The second right lets them simultaneously retransmit works carried in distant signals, but only subject to the payment of royalties under a form of compulsory licence regime (*Copyright Act*, s. 31(2)(a) and (d)). Both user rights are, subject to s. 31(2), beyond the owner’s control.

Ces redevances sont fixées par la Commission du droit d’auteur, en fonction des tarifs proposés par des sociétés de gestion, conformément au régime décrit en détail aux art. 71 à 74 de la *Loi sur le droit d’auteur*. Suivant le par. 31(2), les œuvres portées par des signaux locaux ne donnent droit à aucune redevance lorsqu’elles sont retransmises conformément à toutes les conditions énumérées à cette disposition. Le gouverneur en conseil a défini le terme « signal local » comme étant le signal d’une station terrestre de radio ou de télévision rejoignant tout ou une partie de la zone de desserte d’un retransmetteur. Constitue un « signal éloigné » tout signal qui n’est pas un signal local. Voir les art. 1 et 2 du *Règlement sur la définition de signal local et de signal éloigné*, DORS/89-254.

[58] Il convient de souligner que, dans le cas des œuvres portées à la fois par des signaux locaux et par des signaux éloignés, le titulaire du droit d’auteur *n’a pas le droit d’interdire* la retransmission simultanée de ces œuvres; son recours se limite à recevoir, par l’intermédiaire d’une société de gestion, la redevance prescrite, mais uniquement pour la retransmission simultanée des œuvres portées par des signaux éloignés (par. 76(1) et 76(3) de la *Loi sur le droit d’auteur*). D’une part, le titulaire du droit d’auteur se voit reconnaître un droit général de retransmettre l’œuvre. Ce droit de retransmission fait partie du droit que lui reconnaît l’al. (3)(1)f) de communiquer l’œuvre au public par télécommunication. D’autre part, le droit général de retransmission du titulaire du droit d’auteur est limité par l’exception prévue au par. 31(2) de la *Loi sur le droit d’auteur*, qui confère effectivement deux droits de retransmission à une catégorie particulière de retransmetteurs. Le premier de ces droits autorise ces utilisateurs à retransmettre simultanément, sans avoir à verser de redevances, des œuvres portées par des signaux locaux. Le second droit permet aux utilisateurs de retransmettre simultanément des œuvres portées par des signaux éloignés, sous réserve uniquement du paiement de redevances en vertu d’une sorte de régime de licences obligatoires (*Loi sur le droit d’auteur*, al. 31(2)a) et d)). Sous réserve du par. 31(2), ces deux droits reconnus aux utilisateurs échappent au contrôle du titulaire du droit d’auteur.



[59] In sum, under the *Copyright Act's* retransmission regimes for communication signals and for works:

- Broadcasters have a limited exclusive right in their *signals* (s. 21);
- Broadcasters do not have an exclusive right in *signals* against BDUs;
- BDUs have the right to simultaneously retransmit *works* carried in local signals without authorization and without payment to the copyright owner;
- Owners of copyright in those works, including broadcasters in that capacity, do not have the right to block retransmission of local or distant signals carrying their works;
- The Copyright Board has jurisdiction to value the compulsory licence royalty for the simultaneous retransmission of works carried in distant signals;

#### (4) Finding Conflict

[60] The CRTC's proposed value for signal regime would enable broadcasters to negotiate compensation for the retransmission by BDUs of their signals or programming services, regardless of whether or not they carry copyright protected "work[s]", and regardless of the fact that any such works are carried in local signals for which the *Copyright Act* provides no compensation. Importantly, contrary to the retransmission regimes of the *Copyright Act*, the value for signal regime proposed by the CRTC would grant individual broadcasters, should they elect to be governed by this regime, the *right to prohibit* the simultaneous retransmission of their programs.

[59] En résumé, suivant les régimes de retransmission prévus par la *Loi sur le droit d'auteur* à l'égard des signaux de communication et des œuvres :

- les radiodiffuseurs possèdent un droit exclusif limité sur leurs *signaux* (art. 21);
- les radiodiffuseurs ne possèdent pas, à l'égard des *signaux*, un droit exclusif opposable aux EDR;
- les EDR ont le droit de retransmettre simultanément des *œuvres* portées par des signaux locaux sans avoir été autorisées à le faire par le titulaire du droit d'auteur et sans verser à celui-ci de contrepartie à cet égard;
- les titulaires du droit d'auteur sur les œuvres en question, y compris les radiodiffuseurs agissant en cette qualité, n'ont pas le droit de bloquer la retransmission de signaux locaux ou éloignés portant leurs œuvres;
- la Commission du droit d'auteur a compétence pour évaluer les redevances relatives aux licences obligatoires pour la retransmission simultanée d'œuvres portées par des signaux éloignés.

#### (4) Constatation d'un conflit

[60] Le régime de compensation pour la valeur des signaux proposé par le CRTC permettrait aux radiodiffuseurs de négocier la compensation qui leur serait payée pour la retransmission par les EDR de leurs signaux et de leurs services de programmation, et ce, peu importe que ces signaux ou services portent des « œuvres » protégées par le droit d'auteur et indépendamment du fait que les œuvres en question soient portées par des signaux locaux, signaux à l'égard desquels la *Loi sur le droit d'auteur* ne prévoit aucune compensation. Fait important à signaler, contrairement aux régimes de retransmission établis par la *Loi sur le droit d'auteur*, le régime de compensation pour la valeur de signaux que propose le CRTC conférerait à certains radiodiffuseurs, advenant qu'ils choisissent d'être régis par ce régime, le *droit d'interdire* la retransmission simultanée de leurs émissions.

[61] As mentioned, the presumption of coherence between related Acts of Parliament requires avoiding an interpretation of a provision that would introduce conflict into the statutory scheme. In this case, the presumption of coherence requires that if the CRTC's proposed regulatory regime would create such conflict with the specific expressions of Parliament's intent under the *Copyright Act*, it must be *ultra vires*. Sections 21 and 31(2) of the *Copyright Act* are relevant.

[62] First, the value for signal regime conflicts with s. 21(1) of the *Copyright Act* because it would grant broadcasters a retransmission authorization right against BDUs that was *withheld* by the scheme of the *Copyright Act*.

[63] Looking only at the letter of the provision, s. 21 expressly speaks only to the relationship between a broadcaster and another broadcaster and not the relationship between a broadcaster and a retransmitter. As such, it is arguable that nothing in s. 21 purports to prevent another regulator from regulating the terms for carriage of a broadcaster's television signal by the BDUs, leaving it open to the CRTC, provided it is authorized to do so under the *Broadcasting Act*, to establish a value for signal regime without conflicting with s. 21.

[64] However, s. 21 cannot be considered devoid of its purpose. This Court has characterized the purpose of the *Copyright Act* as a balance between authors' and users' rights. The same balance applies to broadcasters and users. In *Théberge*, Binnie J. recognized that the *Copyright Act*

is usually presented as a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator (or, more accurately,

[61] Comme il a été mentionné précédemment, la présomption de cohérence des lois fédérales connexes exige d'éviter d'interpréter une disposition d'une manière qui créerait un conflit à l'intérieur du régime établi par ces lois. En l'espèce, si le régime de réglementation proposé par le CRTC a pour effet d'entrer en conflit avec les manifestations expresses de la volonté du législateur dans la *Loi sur le droit d'auteur*, la présomption de cohérence commande que ce régime soit déclaré *ultra vires*. L'article 21 et le par. 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* sont pertinents.

[62] Premièrement, le régime de compensation pour la valeur des signaux entre en conflit avec le par. 21(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, en ce qu'il accorderait aux radiodiffuseurs le droit d'autoriser ou non la retransmission de signaux par les EDR, droit qui a été *refusé* aux radiodiffuseurs par le régime établi par la *Loi sur le droit d'auteur*.

[63] Si l'on s'en tient à la lettre de cette disposition, l'art. 21 ne traite de manière expresse que des rapports entre radiodiffuseurs et non des rapports entre radiodiffuseurs et retransmetteurs. Par conséquent, il est possible de soutenir que rien dans cette disposition n'empêche un autre organe de réglementation de définir les modalités de la distribution, par une EDR, des signaux de télévision d'un radiodiffuseur, situation qui permettrait au CRTC — à condition qu'il y soit autorisé par la *Loi sur la radiodiffusion* — d'établir un régime de compensation pour la valeur des signaux sans créer de conflit avec l'art. 21.

[64] Toutefois, l'art. 21 ne peut être analysé sans tenir compte de son objet. Notre Cour a qualifié l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* en disant que celle-ci visait à établir un équilibre entre les droits des créateurs et ceux des utilisateurs. Le même équilibre s'applique dans le cas des radiodiffuseurs et des utilisateurs. Dans l'arrêt *Théberge*, le juge Binnie a reconnu que la *Loi sur le droit d'auteur*

est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention

to prevent someone other than the creator from appropriating whatever benefits may be generated). [para. 30]

(See also *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, at paras. 10 and 23.)

[65] This point was reiterated in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427. In that case, the Court considered whether, for the purposes of the *Copyright Act*, Internet Service Providers “communicate [works] to the public” when such works are requested by their subscribers — thereby infringing copyright in such works. The Court was required to interpret s. 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*, which provides that

a person whose only act in respect of the communication of a work or other subject-matter to the public consists of providing the means of telecommunication necessary for another person to so communicate the work or other subject-matter does not communicate that work or other subject-matter to the public.

[66] In rejecting the argument that s. 2.4(1)(b), as an exemption, should be read narrowly, the majority, *per* Binnie J., held that

[u]nder the *Copyright Act*, the rights of the copyright owner and the limitations on those rights should be read together to give “the fair and balanced reading that befits remedial legislation”. [para. 88]

The Court recognized that “[s]ection 2.4(1)(b) is not a loophole but an important element of the balance struck by the statutory copyright scheme” (para. 89). The Court therefore confirmed its earlier teaching in *Théberge* that the policy balance established by the *Copyright Act* is maintained *also* by “giving due weight to [the] limited nature” of the rights of creators (*Théberge*, at para. 31).

d’une juste récompense pour le créateur (ou, plus précisément, l’assurance que personne d’autre que le créateur ne pourra s’approprier les bénéfices qui pourraient être générés). [par. 30]

(Voir également *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 10 et 23.)

[65] Ce point a été réitéré dans l’arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427. Dans cette affaire, la Cour s’est demandé si, pour l’application de la *Loi sur le droit d’auteur*, les fournisseurs Internet « communiquent [des œuvres] au public » lorsque leurs abonnés leur demandent les œuvres en question — et, de ce fait, violent le droit d’auteur sur ces œuvres. La Cour était appelée à interpréter l’al. 2.4(1)(b) de la *Loi sur le droit d’auteur*, qui est rédigé ainsi :

. . . n’effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l’effectue.

[66] Rejetant l’argument suivant lequel, du fait que l’al. 2.4(1)(b) constitue une exception, il devrait être interprété restrictivement, les juges majoritaires ont tiré la conclusion suivante, sous la plume du juge Binnie :

Dans la *Loi sur le droit d’auteur*, les droits du titulaire du droit d’auteur et les restrictions y afférentes doivent être considérés de pair et recevoir « l’interprétation juste et équilibrée que commande une mesure législative visant à remédier à un état de fait ». [par. 88]

La Cour a reconnu que « [l]’alinéa 2.4(1)(b) n’est pas une échappatoire, mais un élément important de l’équilibre établi par le régime législatif en cause » (par. 89). Elle a par conséquent confirmé le principe qu’elle avait formulé précédemment dans *Théberge*, à savoir que l’équilibre établi par la *Loi sur le droit d’auteur* est également assuré « en accordant l’importance qu’il convient à la nature limitée » des droits des créateurs (*Théberge*, par. 31).

[67] In my view, s. 21(1) represents the expression by Parliament of the appropriate balance to be struck between broadcasters' rights in their communication signals and the rights of the users, including BDUs, to those signals. It would be incoherent for Parliament to set up a carefully tailored signals retransmission right in the *Copyright Act*, specifically excluding BDUs from the scope of the broadcasters' exclusive rights over the simultaneous retransmission of their signals, only to enable a subordinate legislative body to enact a functionally equivalent right through a related regime. The value for signal regime would upset the aim of the *Copyright Act* to effect an appropriate "balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator" (*Théberge*, at para. 30).

[68] Second, while the conflict of the proposed regime with s. 21 is sufficient to render the regime *ultra vires*, further conflict arises in my opinion between the value for signal regime and the retransmission rights in *works* set out in s. 31 of the *Copyright Act*.

[69] As discussed above, s. 31 creates an exception to copyright infringement for the simultaneous retransmission by a BDU of a *work* carried in local signals. However, the value for signal regime envisions giving broadcasters deletion rights, whereby the broadcaster unable to agree with a BDU about the compensation for the distribution of its programming services would be entitled to require any program to which it has exclusive exhibition rights to be deleted from the signals of any broadcaster distributed by the BDU. As noted above, "program[s]" are often "work[s]" within the meaning of the *Copyright Act*. The value for signal regime would entitle broadcasters to control the simultaneous retransmission of works, while the *Copyright Act* specifically excludes it from the

[67] À mon avis, le par. 21(1) représente le juste équilibre qui, de l'avis du législateur, doit exister entre les droits des radiodiffuseurs sur leurs signaux de communication et le droit des utilisateurs, y compris les EDR, sur ces mêmes signaux. Il ne serait pas logique de la part du législateur fédéral d'instaurer dans la *Loi sur le droit d'auteur* un droit de retransmission soigneusement élaboré, qui soustrait explicitement les EDR du champ d'application du droit exclusif des radiodiffuseurs sur la retransmission simultanée de leurs signaux, mais d'habiliter par ailleurs un organisme de réglementation subalterne à créer un droit fonctionnellement équivalent par l'entremise d'un régime connexe. Le régime de compensation pour la valeur des signaux nuirait à la réalisation de l'objectif de la *Loi sur le droit d'auteur* qui consiste à établir « un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur » (*Théberge*, par. 30).

[68] Deuxièmement, bien que le conflit entre le régime de compensation pour la valeur des signaux proposé et l'art. 21 soit suffisant pour rendre ce régime *ultra vires*, je suis d'avis que celui-ci entre également en conflit avec le droit de retransmission des *œuvres* énoncé à l'art. 31 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[69] Comme il a été expliqué plus tôt, l'art. 31 crée une exception écartant la violation du droit d'auteur dans le cas de la retransmission simultanée par une EDR d'une *œuvre* portée par des signaux locaux. Toutefois, suivant le régime de compensation pour la valeur des signaux, les radiodiffuseurs jouiraient du droit d'exiger le retrait de certaines émissions. Ainsi, un radiodiffuseur qui n'arriverait pas à s'entendre avec une EDR sur la compensation payable pour la distribution de ses services de programmation aurait le droit d'exiger de cette EDR qu'elle retire de tous les signaux qu'elle distribue toute émission à l'égard de laquelle le radiodiffuseur aurait acquis les droits exclusifs de diffusion. Comme il a été signalé précédemment, les « émission[s] » sont souvent des « œuvre[s] » au

control of copyright owners, including broadcasters.

[70] Again, although the exception to copyright infringement established in s. 31 on its face does not purport to prohibit another regulator from imposing conditions, directly or indirectly, on the retransmission of works, it is necessary to look behind the letter of the provision to its purpose, which is to balance the entitlements of copyright holders and the public interest in the dissemination of works. The value for signal regime would effectively overturn the s. 31 exception to the copyright owners' s. 3(1)(f) communication right. It would disrupt the balance established by Parliament.

[71] The recent legislative history of the *Copyright Act* supports the view that Parliament made deliberate choices in respect of copyright and broadcasting policy. The history evidences Parliament's intent to facilitate simultaneous retransmission of television programs by cable and limit the obstacles faced by the retransmitters.

[72] Leading up to the 1997 amendment to the *Copyright Act* (Bill C-32), under which s. 21 was introduced, broadcasters made submissions to the Standing Committee on Canadian Heritage seeking *signal* rights. They contended that they should be granted the right to authorize, or refuse to authorize, the retransmission of their signals by others, including BDUs. The broadcasters, in fact, argued expressly against the narrow right that Parliament eventually adopted as s. 21(1)(c). See, e.g., submissions of CTV to Standing Committee on Canadian Heritage, "Re: Bill C-32" (August 30, 1996) (A.R., vol. VII, at p. 68); submissions of WIC Western International Communications Ltd. (1996) (A.R.,

sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le régime de compensation pour la valeur des signaux aurait pour effet d'accorder aux radiodiffuseurs le droit de contrôler la retransmission simultanée des œuvres, alors que la *Loi sur le droit d'auteur* exclut expressément ce droit de contrôle dans le cas des titulaires du droit d'auteur, y compris les radiodiffuseurs.

[70] Je le répète, bien que l'exception écartant la violation du droit d'auteur prévue à l'art. 31 ne soit pas, à première vue, censée interdire à un autre organisme de réglementation d'imposer, directement ou indirectement, des conditions applicables à la retransmission d'œuvres, il est nécessaire d'aller au-delà de la lettre de cette disposition et de tenir compte de son objet, lequel consiste à établir un équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et l'intérêt du public à la diffusion des œuvres. Le régime de compensation pour la valeur des signaux aurait concrètement pour effet de réduire à néant l'exception prévue par l'art. 31 à l'égard du droit de communication reconnu aux titulaires du droit d'auteur par l'al. 3(1)(f) et de rompre ainsi l'équilibre créé par le législateur.

[71] L'historique législatif récent de la *Loi sur le droit d'auteur* permet d'affirmer que le législateur a fait des choix délibérés en ce qui concerne le droit d'auteur et la politique de radiodiffusion. Cet historique témoigne en effet de la volonté du législateur de faciliter la retransmission simultanée des émissions de télévision par câble et de limiter les obstacles que les retransmetteurs doivent surmonter.

[72] Au cours de la période qui a précédé la modification, en 1997, de la *Loi sur le droit d'auteur* (projet de loi C-32), par l'insertion notamment de l'art. 21, des radiodiffuseurs ont présenté au Comité permanent sur le patrimoine canadien des mémoires dans lesquels ils réclamaient des droits sur les *signaux*. Les radiodiffuseurs soutenaient qu'on devait leur reconnaître le droit d'autoriser ou de refuser d'autoriser la retransmission de leurs signaux par d'autres personnes, y compris les EDR. En fait, les radiodiffuseurs s'opposaient expressément au droit limité que le législateur a finalement reconnu à l'al. 21(1)(c). Voir, p. ex., mémoire de CTV au Comité permanent du patrimoine

vol. VII, at p. 15); submissions of the British Columbia Association of Broadcasters, “Bill C-32, the Copyright Reform Legislation” (August 28, 1996) (A.R., vol. VII, at p. 20); submissions of the Canadian Association of Broadcasters, “Clause by Clause Recommendations for Amendments to Bill C-32” (November 27, 1996) (A.R., vol. VII, at p. 77). In addition, although this section has not been amended since 1997, ongoing consultations between Parliament and the broadcasters show continued requests from the latter to include the right to authorize BDU retransmissions. See, e.g., submissions of CTVglobemedia, “Re: Government’s 2009 Copyright Consultations” (September 11, 2009) (A.R., vol. IX, at pp. 35-37); Canadian Association of Broadcasters, “A Submission to the House of Commons Standing Committee on Canadian Heritage With Respect to A Statutory Review of the *Copyright Act*” (September 15, 2003) (A.R., vol. IX, at p. 28).

[73] Notwithstanding successive amendments to the *Copyright Act*, Parliament has not amended s. 21 in the fashion requested by the broadcasters. Parliament’s silence is not necessarily determinative of legislative intention. However, in the context of repeated urging from the broadcasters, Parliament’s silence strongly suggests that it is Parliament’s intention to maintain the balance struck by s. 21 (see *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305, at para. 42, *per* Abella J.).

[74] The same purposeful balancing is evidenced in the legislative history of the s. 31 regime for the retransmission of *works*. The predecessor to the current s. 3(1)(f) guaranteed copyright holders an exclusive right to communicate works by *radio communication*. Jurisprudence interpreted the radio communication right as excluding transmissions by *cable*: *Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382. Section 3(1)(f) was amended in 1988 to confer the exclusive right to “communicate the work to the public by telecommunication” to reflect the obligations entered

canadien, « Re : Bill C-32 » (30 août 1996) (d.a., vol. VII, p. 68); mémoire du WIC Western International Communications Ltd. (1996) (d.a., vol. VII, p. 15); mémoire de la British Columbia Association of Broadcasters, « Bill C-32, the Copyright Reform Legislation » (28 août 1996) (d.a., vol. VII, p. 20); mémoire de l’Association canadienne des radiodiffuseurs, « Clause by Clause Recommendations for Amendments to Bill C-32 » (27 novembre 1996) (d.a., vol. VII, p. 77). De plus, bien que cet article n’ait pas été modifié depuis 1997, il ressort des consultations en cours entre le Parlement et les radiodiffuseurs que ces derniers continuent de réclamer que la loi leur reconnaisse le droit d’autoriser les retransmissions par les EDR. Voir, p. ex., mémoire de CTVglobemedia, « Re : Government’s 2009 Copyright Consultations » (11 septembre 2009) (d.a., vol. IX, p. 35-37); Association canadienne des radiodiffuseurs, « A Submission to the House of Commons Standing Committee on Canadian Heritage With Respect to A Statutory Review of the *Copyright Act* » (15 septembre 2003) (d.a., vol. IX, p. 28).

[73] Malgré les modifications successives apportées à la *Loi sur le droit d’auteur*, le Parlement n’a pas modifié l’art. 21 de la manière réclamée par les radiodiffuseurs. Le silence du législateur n’est pas nécessairement déterminant quant à son intention. Toutefois, compte tenu des demandes pressantes et répétées des radiodiffuseurs, ce silence tend fortement à indiquer qu’il voulait préserver l’équilibre établi par l’art. 21 (voir *Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305, par. 42, la juge Abella).

[74] Cette volonté de mise en équilibre ressort également de l’historique législatif du régime prévu à l’art. 31 en matière de retransmission des *œuvres*. La disposition qu’a remplacée l’actuel al. 3(1)(f) garantissait aux titulaires du droit d’auteur le droit exclusif de transmettre leurs œuvres au moyen de la *radiophonie*. La jurisprudence a considéré que ce droit à la transmission par la radiophonie excluait les transmissions par *câble* : (*Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C. de l’É. 382. L’alinéa 3(1)(f) a été modifié en 1988 afin de conférer le droit exclusif de « communiquer au

into by Canada under the *Free Trade Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America*, Can. T.S. 1989 No. 3 (see *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, ss. 61-62; see also *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at paras. 36-37, and McKeown, at para. 3:2(b)). The change from radio communication to telecommunication meant that cable companies were now liable for copyright infringement when they communicate copyright-protected works to the public.

[75] However, at the same time, Parliament specifically addressed the question of whether the simultaneous retransmission of works carried in local and distant television signals should require the consent of the copyright owner: it adopted the compulsory licence and exception regime by way of ss. 31 and 71-76 of the *Copyright Act (Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, s. 62). Studies on the same question had preceded this enactment; there, too, a major concern was that copyright owners “should not be permitted to stop retransmission because this activity is too important to Canada’s communications system” (Standing Committee on Communications and Culture. *A Charter of Rights for Creators: Report of the Sub-Committee on the Revision of Copyright* (1985), at p. 80 (A.R., vol. III, at p. 118); Government Response to A Charter of Rights for Creators (February 1986) (A.R., vol. III, at p. 127)).

[76] The value for signal regime would rewrite the balance between the owners’ and users’ interests as set out by Parliament in the *Copyright Act*. Because the CRTC’s value for signal regime is inconsistent with the purpose of the *Copyright Act*,

public, par télécommunication, une œuvre », et ce, pour tenir compte des obligations contractées par le Canada aux termes de l’*Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d’Amérique*, R.T. Can. 1989 n° 3 (voir *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada — États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 61-62; voir également *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] R.C.S. 283, par. 36-37, et McKeown, par. 3:2(b)). Par suite du remplacement du terme « radiophonique » par « télécommunication », les entreprises canadiennes de câblodistribution devaient désormais répondre de toute violation du droit d’auteur lorsqu’elles communiquaient au public des œuvres protégées par le droit d’auteur.

[75] Toutefois, à la même époque, le législateur s’est expressément penché sur la question de savoir si la retransmission simultanée d’œuvres portées par des signaux de télévision locaux ou éloignés devait être subordonnée à l’obtention du consentement du titulaire du droit d’auteur : il a adopté le régime de licences obligatoires et d’exception prévu à l’art. 31 et aux art. 71-76 de la *Loi sur le droit d’auteur (Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada — États-Unis*, art. 62). Des études sur la même question avaient été publiées avant l’adoption de ce texte de loi; dans ces études aussi, on considérait qu’il s’agissait d’un enjeu important et on soulignait que les titulaires du droit d’auteur « ne doivent pas avoir le droit d’interdire la retransmission [d’œuvres], parce que cette activité revêt une trop grande importance dans le réseau de communications du Canada » (Comité permanent des communications et de la culture. *Une charte des droits des créateurs et créatrices : Rapport du Sous-comité sur la révision du droit d’auteur* (1985), p. 89 (d.a., vol. III, p. 118); Réponse du gouvernement au Rapport du Sous-comité sur la révision du droit d’auteur (février 1986) (d.a., vol. III, p. 127)).

[76] Le régime de compensation pour la valeur des signaux proposé par le CRTC aurait pour effet de redéfinir l’équilibre qu’a établi le législateur, dans la *Loi sur le droit d’auteur*, entre les intérêts respectifs des titulaires du droit d’auteur et des

it falls outside of the scope of the CRTC's licensing and regulatory jurisdiction under the *Broadcasting Act*.

[77] I said earlier that I would come back to s. 31(2)(b) of the *Copyright Act*. The majority of the FCA concluded that there is no incoherence between the value for signal regime and the *Copyright Act* because of s. 31(2)(b) of the *Copyright Act*. This section provides that in order for the exception to copyright to apply, the retransmission must be "lawful under the *Broadcasting Act*". The majority appears to have thought this was sufficient to ground the CRTC's jurisdiction to implement the value for signal regulatory regime.

[78] In my respectful opinion, this provision cannot serve to authorize the CRTC acting under the *Broadcasting Act* to effectively amend the very heart of the balance of the retransmission regime set out in s. 31(2). Section 31(2)(b) is not a so-called Henry VIII clause that confers jurisdiction on the CRTC to promulgate, through regulation or licensing conditions, subordinate legislative provisions that are to prevail over primary legislation (see Sullivan, at pp. 342-43). Absent specific indication, Parliament cannot have intended by s. 31(2)(b) to empower a subordinate regulatory body to disturb the balance struck following years of studies. The legislative history does not lend support to this argument; indeed, the history confirms Parliament's deliberate policy choice in enacting the compulsory licence and exception, or user's rights, regime under s. 31(2). A general reference to "lawful under the *Broadcasting Act*" cannot authorize the CRTC, acting under open-ended jurisdiction-conferring provisions, to displace the specific direction of Parliament in the *Copyright Act*.

[79] In any case, the conflict found between the value for signal regime and s. 21 is sufficient. It

utilisateurs. Comme ce régime est incompatible avec l'objet visé par la *Loi sur le droit d'auteur*, il échappe à la compétence conférée au CRTC par la *Loi sur la radiodiffusion* en matière de délivrance de licences et de réglementation.

[77] J'ai dit plus haut que je reviendrais sur l'al. 31(2)(b) de la *Loi sur le droit d'auteur*. La CAF a conclu à la majorité que, en raison de l'al. 31(2)(b) de la *Loi sur le droit d'auteur*, il n'y avait pas d'incohérence entre cette loi et le régime de compensation pour la valeur des signaux. Aux termes de l'alinéa en question, pour que s'applique l'exception écartant la violation du droit d'auteur, la retransmission doit être « licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* ». Les juges majoritaires semblent avoir pensé que cela suffisait afin de donner au CRTC compétence pour mettre en œuvre le régime réglementaire de compensation pour la valeur des signaux.

[78] À mon humble avis, la disposition en question ne permet pas au CRTC, lorsqu'il agit en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, de modifier dans les faits le fondement même de l'équilibre établi par le régime de retransmission prévu au par. 31(2). L'alinéa 31(2)(b) n'est pas ce qu'on appelle une « clause Henry VIII », qui conférerait au CRTC le pouvoir de promulguer — par voie de règlements ou de conditions assortissant des licences — des dispositions réglementaires qui auraient préséance sur des dispositions législatives (voir Sullivan, p. 342-343). À défaut d'indication précise, on ne peut présumer que le législateur entendait, par l'al. 31(2)(b), habiliter un organisme de réglementation subalterne à perturber l'équilibre atteint après bien des années et bien des études. L'historique législatif n'appuie pas cet argument; il confirme plutôt la décision de principe délibérée qu'a prise le législateur lorsqu'il a édicté, au par. 31(2), le régime de licences obligatoires et d'exception écartant la violation du droit d'auteur, ou régime relatif aux droits d'utilisation. L'expression générale « licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* » ne saurait autoriser le CRTC, lorsqu'il agit en vertu de dispositions attributives de compétence générales, à écarter une prescription précise du législateur dans la *Loi sur le droit d'auteur*.

[79] En tout état de cause, le conflit constaté entre le régime de compensation pour la valeur des



could not be overcome even on a different reading of s. 31(2)(b) of the *Copyright Act*.

[80] There is one final point to be made. Section 89 of the *Copyright Act* provides:

**89.** No person is entitled to copyright otherwise than under and in accordance with this Act or any other Act of Parliament, but nothing in this section shall be construed as abrogating any right or jurisdiction in respect of a breach of trust or confidence.

The deliberate use of the words “this Act or any other Act of Parliament” rather than “this Act or any other enactment” means that the right to copyright must be found in an Act of Parliament and not in subordinate legislation promulgated by a regulatory body. “Act” and “enactment” are defined in s. 2 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, where

“Act” means an Act of Parliament;

and

“enactment” means an Act or regulation or any portion of an Act or regulation;

The definitions confirm that Parliament did not intend that a subordinate regulatory body could create copyright by means of regulation or licensing conditions.

[81] Contrary to s. 89, the value for signal regime would create a new type of copyright by regulation or licensing condition. Sections 2 and 21 of the *Copyright Act* define copyright in a communication signal to include the sole right to authorize another broadcaster to retransmit it to the public simultaneously with its broadcast. Authorizing simultaneous retransmission is then an aspect of copyright, although the right under the *Copyright Act* is limited to authorizing only specific defined entities, other broadcasters. In light of the legislative history discussed above, this limitation on copyright appears to be the result of a specific Parliamentary choice not to change the balance

signaux et l’art. 21 est suffisant. Ce conflit ne pourrait être surmonté, même si l’al. 31(2)b) de la *Loi sur le droit d’auteur* était interprété différemment.

[80] Il reste une dernière observation à formuler. Cette observation repose sur l’art. 89 de la *Loi sur le droit d’auteur*, qui est rédigé ainsi :

**89.** Nul ne peut revendiquer un droit d’auteur autrement qu’en application de la présente loi ou de toute autre loi fédérale; le présent article n’a toutefois pas pour effet d’empêcher, en cas d’abus de confiance, un individu de faire valoir son droit ou un tribunal de réprimer l’abus.

L’emploi délibéré des mots « la présente loi ou de toute autre loi fédérale » au lieu de « la présente loi ou de tout autre texte » indique que le droit d’auteur revendiqué doit figurer dans une loi fédérale et non dans un règlement émanant d’un organisme de réglementation. Les mots « loi » et « texte » sont définis ainsi à l’art. 2 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21 :

« loi » Loi fédérale.

et

« texte » Tout ou partie d’une loi ou d’un règlement.

Ces définitions confirment que le législateur ne voulait pas qu’un organisme de réglementation subalterne puisse créer un droit d’auteur au moyen de règlements ou de conditions d’attribution de licences

[81] Le régime de compensation pour la valeur des signaux aurait pour effet de créer, en contravention de l’art. 89, un nouveau type de droit d’auteur par voie de règlement ou de conditions d’attribution de licences. Les articles 2 et 21 de la *Loi sur le droit d’auteur* précisent que le droit d’auteur comporte le droit exclusif, à l’égard du signal de communication émis par le radiodiffuseur, d’autoriser un autre radiodiffuseur à retransmettre simultanément ce signal au public. Le fait d’autoriser la retransmission simultanée constitue donc un aspect du droit d’auteur, mais la *Loi sur le droit d’auteur* limite cette autorisation à des entités expressément définies, en l’occurrence d’autres radiodiffuseurs. Compte tenu de l’historique

struck in the *Copyright Act* between broadcasters and BDUs. The value for signal regime would create a new right to authorize retransmission (and correspondingly prevent retransmission if agreement as to compensation is not achieved), in effect, amending the copyright conferred by s. 21. Thus the value for signal regime would create a new type of copyright and would do so without the required Act of Parliament, contrary to s. 89.

[82] My colleagues assert that there are functional differences between copyright and the proposed regulatory scheme. With respect, the differences that they point to do not alter the fundamental functional equivalence between the proposed regime and a copyright. Section 21 of the *Copyright Act* empowers broadcasters to prohibit the retransmission of their signals if certain conditions are met; the value for signal regime does exactly the same thing. My colleagues are correct that the CRTC cannot, through the value for signal regime, amend s. 21 of the *Copyright Act*. However that is precisely what the proposed regime does. Parliament could have imposed conditions that are the same, or similar to the value for signal regime in s. 21 in the same way it imposed limits in s. 31 on the copyright it granted in respect of retransmission of works, had it intended broadcasters to have such a right. Describing this new right granted to broadcasters under the value for signal regime as a series of regulatory changes does not alter the true character of the right being created. Not calling it copyright does not remove it from the scope of s. 89. If that type of repackaging was all that was required, s. 89 would not serve its intended purpose of restricting the entitlement to copyright to grants under and in accordance with Acts of Parliament.

législatif examiné précédemment, cette restriction du droit d'auteur semble découler du choix précis du législateur de ne pas modifier l'équilibre établi dans la *Loi sur le droit d'auteur* entre les radiodiffuseurs et les EDR. Le régime de compensation pour la valeur des signaux créerait un nouveau droit permettant à son titulaire d'autoriser la retransmission de signaux (et, corollairement, d'interdire une telle retransmission si aucune entente n'est conclue au sujet de la compensation à verser), modifiant ainsi concrètement le droit d'auteur conféré par l'art. 21. Ce régime créerait donc un nouveau type de droit d'auteur, sans la loi fédérale requise par l'art. 89.

[82] Mes collègues affirment qu'il existe des différences fonctionnelles entre le droit d'auteur et le régime réglementaire proposé. Avec égards, les différences qu'ils relèvent ne modifient pas l'équivalence fonctionnelle fondamentale entre le régime proposé et un droit d'auteur. L'article 21 de la *Loi sur le droit d'auteur* habilite les radiodiffuseurs à interdire la retransmission de leurs signaux lorsque certaines conditions sont réunies; le régime de compensation pour la valeur des signaux fait exactement la même chose. Mes collègues ont raison de dire que le CRTC ne peut pas, par l'entremise du régime de compensation pour la valeur des signaux, modifier l'art. 21 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Toutefois, c'est précisément ce que fait le régime proposé. Le législateur aurait pu, à l'art. 21, imposer des conditions identiques ou analogues à celles prévues par le régime de compensation pour la valeur des signaux, de la même façon qu'il a, à l'art. 31, imposé des limites au droit d'auteur qu'il a accordé relativement à la retransmission des œuvres, s'il avait voulu que les radiodiffuseurs disposent d'un tel droit. Le fait de qualifier le nouveau droit conféré aux radiodiffuseurs en vertu du régime de compensation pour la valeur des signaux d'ensemble de modifications d'ordre réglementaire n'a pas pour effet de changer le caractère véritable de ce droit. Le fait de ne pas l'appeler « droit d'auteur » ne le soustrait pas au champ d'application de l'art. 89. Si un simple changement d'appellation suffisait, l'art. 89 n'atteindrait pas son objectif, qui consiste à restreindre les droits d'auteur susceptibles d'être revendiqués à ceux accordés en application d'une loi fédérale.

#### IV. Conclusion

[83] The reference question should be answered in the negative. The appeal should be allowed with costs throughout.

The reasons of Deschamps, Abella, Cromwell and Karakatsanis were delivered by

[84] ABELLA AND CROMWELL JJ. (dissenting) — We have had the benefit of reading the reasons of Rothstein J. but, with respect, do not agree.

[85] Private local stations are licensed by the CRTC to acquire, create and produce television programming. They serve small geographic areas defined by the reach of their signals. According to the CRTC, local stations are key contributors to attaining the objectives for the Canadian broadcasting system.

[86] Local stations have recently experienced a financial crisis. The stations rely on advertising revenue to fund the cost of creating, acquiring and broadcasting high quality Canadian programming. Changes in the broadcasting business environment, however, have caused advertising revenues to rapidly decline. These changes include the development of direct-to-home satellite TV services and speciality television channels, and the widespread adoption of alternative media platforms.

[87] Currently, the local stations' over-the-air signals are picked up and retransmitted to a wider audience by cable service providers (known as broadcasting distribution undertakings, or "BDUs"). The BDUs retransmit these signals to their own subscribers for a fee. Under the current broadcasting regime, BDUs are not required to negotiate compensation with the local stations for retransmitting their signals to a local market. Instead, the CRTC requires the BDUs to provide local stations with

#### IV. Dispositif

[83] Il convient de répondre par la négative à la question faisant l'objet du renvoi. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs des juges Deschamps, Abella, Cromwell et Karakatsanis rendus par

[84] LES JUGES ABELLA ET CROMWELL (dissidents) — Nous avons pris connaissance des motifs du juge Rothstein, mais, avec égards, nous ne pouvons y souscrire.

[85] La licence que le CRTC attribue aux stations locales privées leur permet d'acheter, de créer et de produire des émissions de télévision. Elles desservent des régions géographiques limitées, circonscrites par la portée des signaux qu'elles émettent. Selon le CRTC, les stations locales apportent une contribution essentielle à la réalisation des objectifs du système canadien de radiodiffusion.

[86] Les stations locales ont récemment été touchées par une crise financière. Elles dépendent des revenus publicitaires pour financer la création, l'acquisition et la radiodiffusion d'une programmation canadienne de haute qualité. Toutefois, des changements survenus dans le paysage commercial de la radiodiffusion se sont traduits par une chute des revenus publicitaires. Parmi ces changements, mentionnons la création des services de radiodiffusion directe par satellite des ondes télévisuelles, l'arrivée des chaînes spécialisées et l'adoption répandue d'autres supports médias.

[87] À l'heure actuelle, les signaux de télévision en direct émis par les stations locales sont retransmis à un large auditoire par les câblodistributeurs (les entreprises de distribution de radiodiffusion ou « EDR »). Les EDR retransmettent ces signaux à leurs propres abonnés moyennant le paiement de droits. Suivant le régime de radiodiffusion actuel, les EDR ne sont pas tenues de négocier avec les stations locales le versement d'une compensation pour la retransmission des signaux de

various benefits, including mandatory carriage to the station's local market, preferential channel placement, and substitution of the local stations' advertisements in place of those appearing on American stations transmitting the same program. The current regime also requires the BDUs to make financial contributions to the local stations; specifically, 1.5 percent of the BDUs' gross revenues must go to a local programming improvement fund.

[88] In 2010, the CRTC issued the *Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167* ("2010 Policy"), concluding that local stations' potential revenue streams under the existing regime needed to be expanded in order to ensure the viability of local programming. The new regime would supply local stations with funds beyond advertising revenues, by giving them the option to negotiate with the BDUs for compensation for all retransmissions of their signals. Where no agreement is reached, the local station would be entitled to prevent retransmission of its signal by the BDU. The BDUs already negotiate compensation with local stations for retransmitting their signals *outside* the station's local market, known as a "distant signal".

[89] The proposed regime is consistent with the market-based negotiations that increasingly prevail on other platforms, including discretionary pay and specialty services, video-on-demand and online and mobile streaming platforms. According to the CRTC, it is also consistent with its own approach of using market-based solutions when appropriate. Significantly, the CRTC has determined that the new regime is necessary to preserve local stations and ensure the fulfillment of the broadcasting policy objectives set out in s. 3(1) of the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11.

ces dernières à un marché local. Le CRTC oblige plutôt l'EDR à offrir à la station locale certains avantages, dont la distribution obligatoire de ses signaux dans le marché local de la station, l'alignement des canaux prioritaires et la substitution des publicités diffusées par les chaînes américaines qui transmettent l'émission par celles de la station locale. Sous le régime actuel, les EDR sont également tenues de verser une contribution financière aux stations locales — à savoir 1,5 p. 100 de leurs revenus bruts — à un fonds d'amélioration de la programmation locale.

[88] En 2010, le CRTC a publié la *Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167* (« Politique de 2010 ») dans laquelle il conclut à la nécessité d'assurer aux stations locales d'autres sources potentielles de revenus que celles prévues par le régime actuel afin de garantir la viabilité de la programmation locale. Dans le cadre du nouveau régime, les stations locales bénéficieraient, en plus des revenus tirés de la publicité, de la faculté de négocier avec les EDR des ententes leur assurant une compensation pour toute retransmission de leurs signaux. Faute d'entente, une station locale pourrait interdire la retransmission de ses signaux par une EDR. Les EDR négocient déjà avec les stations locales les droits payables à celles-ci pour la retransmission des signaux de ces dernières *hors* de leur marché local respectif, ce qu'on appelle le « signal éloigné ».

[89] Le régime proposé s'inspire du type de négociations basées sur le recours aux forces du marché qui caractérisent de plus en plus les autres supports, notamment les services facultatifs tels que les chaînes payantes et les chaînes spécialisées, la vidéo sur demande et les supports en ligne et mobiles permettant la lecture en continu. Selon le CRTC, le régime concorde également avec sa propre approche, qui consiste à adopter des solutions faisant appel aux règles du marché lorsque la situation s'y prête. Fait important, le CRTC a jugé que le nouveau régime est nécessaire pour assurer la survie des stations locales et la réalisation des objectifs de la politique de radiodiffusion énoncée au par. 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11.

[90] While the CRTC concluded that the new regime was necessary to ensure the viability of local stations, it acknowledged concern in the 2010 Policy itself that the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, might create a “potential impediment” to its jurisdiction to implement the regime (para. 165). Under ss. 18.3 and 28(2) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, it therefore brought the following reference question to the Federal Court of Appeal:

Is the Commission empowered, pursuant to its mandate under the *Broadcasting Act*, to establish a regime to enable private local television stations to choose to negotiate with broadcasting distribution undertakings a fair value in exchange for the distribution of the programming services broadcast by those local television stations?

[91] We agree with the majority of the Federal Court of Appeal that this question should be answered in the affirmative, and would therefore dismiss the appeal (2011 FCA 64, 413 N.R. 312). In our view, the new regime is merely an extension of the current regime, which places several conditions — including financial ones — on BDUs for the licence to retransmit local stations’ signals. We also conclude that nothing in the *Copyright Act* creates a barrier to the CRTC’s authority to implement the new regime.

#### Analysis

[92] The narrow reference question requires us to determine whether the CRTC has jurisdiction under the *Broadcasting Act* to implement the new regime. Read on its own, the *Broadcasting Act* appears to grant this jurisdiction, which raises the question of whether something in the *Copyright Act* demonstrates Parliament’s intent to derogate from or attenuate this jurisdiction in order to satisfy another public interest. In other words, we must determine whether there would be an unavoidable conflict if the *Broadcasting Act* were read to confer on the CRTC the jurisdiction to implement the

[90] Bien qu’il ait conclu à la nécessité du nouveau régime pour assurer la viabilité des stations locales, le CRTC a néanmoins reconnu, dans sa Politique de 2010 même, que la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, risquait de créer un « obstacle » susceptible d’influer sur sa compétence relativement à la mise en œuvre du régime (par. 165). Par conséquent, il a renvoyé la question suivante devant la Cour d’appel fédérale, en vertu de l’art. 18.3 et du par. 28(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7 :

Le Conseil a-t-il la compétence, en vertu du mandat que lui confère la *Loi sur la radiodiffusion*, pour établir un régime permettant aux stations privées de télévision locale de choisir de négocier avec les entreprises de distribution de radiodiffusion une juste valeur en échange de la distribution des services de programmation diffusée par ces stations de télévision locales?

[91] À l’instar des juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale, nous estimons que cette question appelle une réponse affirmative et, en conséquence, nous sommes d’avis de rejeter l’appel (2011 CAF 64, 413 N.R. 312). Selon nous, le nouveau régime n’est simplement que le prolongement du régime actuel, lequel impose plusieurs conditions — y compris de nature financière — aux EDR en vue de l’obtention d’une licence de retransmission des signaux des stations locales. Nous concluons également que rien dans la *Loi sur le droit d’auteur* ne fait obstacle au pouvoir du CRTC de mettre en œuvre le nouveau régime.

#### Analyse

[92] La question précise qui nous est soumise dans le renvoi nous invite à décider si le CRTC a compétence, en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, pour mettre en œuvre le nouveau régime. Considérée isolément, la loi en question semble conférer cette compétence, ce qui amène à se demander s’il n’y a pas, dans la *Loi sur le droit d’auteur*, quelque disposition révélant l’intention du législateur d’écarter ce pouvoir ou d’en atténuer la portée pour répondre à d’autres considérations d’intérêt public. Autrement dit, il nous faut décider si le fait de considérer que la *Loi sur la radiodiffusion* confère au CRTC la

regime. If so, this would suggest a less expansive reading of the CRTC's jurisdiction. An unavoidable conflict only occurs when two statutes directly contradict one another, in a way that applying one excludes the application of the other, or where their concurrent application could lead to unreasonable or absurd results: *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591, at para. 47. Generally, the Court will favour an interpretation that avoids such a conflict: *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867, at para. 30. However, in our view, there is no conflict between the *Broadcasting Act* and the *Copyright Act* that would prevent reading the former as conferring on the CRTC the jurisdiction to implement the new regime.

[93] Analytically, the first question is whether the CRTC has jurisdiction to implement the proposed regime under the *Broadcasting Act*. The CRTC is granted a broad, flexible mandate to implement measures that further the broadcasting policy of Canada. Section 3(1) of the *Broadcasting Act* sets out the basic operative broadcasting policies. They primarily address the need to support local content in television and other programs in order to enrich Canada's cultural, political, social and economic environments. The provisions that confer powers on the CRTC — what Rothstein J. refers to as “jurisdiction-conferring” provisions — explicitly incorporate these policy objectives. Under s. 5(1) of the Act, the CRTC “shall regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy set out in subsection 3(1)”. The CRTC possesses the jurisdiction to issue licences to participants in the Canadian broadcasting system. It can impose any conditions on these licences that it “deems appropriate for the implementation of the broadcasting policy set out in subsection 3(1)”: s. 9(1)(b)(i); *CKOY Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 2; see also *Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission v. CTV Television Network Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 530, at p. 545. The CRTC may also make regulations

compétence pour mettre en œuvre le régime entraînerait un conflit de lois inévitable. Si c'est le cas, cela tendrait à suggérer une interprétation moins large des pouvoirs de cet organisme. Il y a conflit inévitable uniquement lorsque deux lois sont directement contradictoires et que l'application de l'une exclut l'application de l'autre, ou encore lorsque leur application concurrente donnerait lieu à un résultat déraisonnable ou absurde : *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591, par. 47. En règle générale, la Cour préconise une interprétation qui permet d'éviter ce genre de conflit : *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867, par. 30. À notre avis toutefois, il n'existe entre la *Loi sur la radiodiffusion* et la *Loi sur le droit d'auteur* aucun conflit qui empêche de considérer que la première confère au CRTC la compétence pour mettre le nouveau régime en œuvre.

[93] Sur le plan de l'analyse, la première question consiste à se demander si le CRTC a compétence, en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, pour mettre en œuvre le régime proposé. Cet organisme jouit d'un mandat large et souple, qui lui permet de prendre des mesures pour mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion. Le paragraphe 3(1) de cette loi énonce les principes directeurs fondamentaux en matière de radiodiffusion, lesquels s'attachent d'abord et avant tout au besoin de soutenir une programmation locale, télévisuelle ou autre, en vue d'enrichir la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada. Les dispositions qui confèrent des pouvoirs au CRTC — que le juge Rothstein appelle dispositions « attributives de compétence » — incorporent explicitement ces objectifs de politique. En effet, aux termes du par. 5(1) de la Loi, le CRTC « régleme et surveille tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion ». Le CRTC a compétence pour attribuer des licences aux participants du système canadien de radiodiffusion. Il peut assortir ces licences des conditions « qu'il estime indiquées pour la mise en œuvre de la politique canadienne de radiodiffusion » : al. 9(1)b); *CKOY Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 2; voir également *Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications*

under s. 10(1)(k) of the Act “respecting such other matters as it deems necessary for the furtherance of its objects”. Section 3(2) of the Act states that the Canadian broadcasting system is a single system, and that the objectives in s. 3(1) can best be achieved by regulation and supervision through “a single independent public authority”: the CRTC.

[94] As “broadcasting undertaking[s]” under s. 2(1) of the Act, BDUs are part of the single broadcasting system that the CRTC must regulate and supervise pursuant to s. 5(1). BDUs do not have a freestanding right to retransmit local stations’ programs: BDUs derive that right *only* from licences granted pursuant to s. 9 of the *Broadcasting Act*, subject to any conditions imposed under s. 9(1)(b)(i). The current conditions of the BDUs’ licences to retransmit local stations’ signals require them to provide the benefits noted earlier, which include payments to a fund for the local stations. The proposed regime would involve an extension or alteration of the conditions on BDUs’ licences, requiring them to negotiate compensation directly with the local stations.

[95] The breadth of the CRTC’s discretion to determine what measures are necessary to further Canada’s broadcasting policy was acknowledged by this Court in *CKOY*. The issue was whether the CRTC had jurisdiction under the *Broadcasting Act* to enact a regulation which prohibited stations or networks from broadcasting telephone interviews without the participant’s consent. Spence J., writing for the majority, observed that “Parliament intended to give to the Commission a wide latitude with respect to the making of regulations to implement the policies and objects for which the Commission was created” (at p. 12, quoting with approval the Court of Appeal: (1976), 13 O.R. (2d) 156, at p. 162). He set out the test for

*canadiennes c. CTV Television Network Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 530, p. 545. Le CRTC peut également, en vertu de l’al. 10(1)(k) de la Loi, « prendre toute autre mesure qu’il estime nécessaire à l’exécution de sa mission ». Suivant le par. 3(2) de la même loi, le système canadien de radiodiffusion constitue un système unique, et la meilleure façon d’atteindre les objectifs énoncés au par. 3(1) consiste à en confier la réglementation et la surveillance à « un seul organisme public autonome » : le CRTC.

[94] En tant qu’« entreprise[s] de radiodiffusion » au sens du par. 2(1) de la Loi, les EDR font partie de ce système unique que le CRTC doit surveiller et réglementer en vertu du par. 5(1). Les EDR ne disposent pas d’un droit autonome de retransmission des émissions des stations locales : elles tiennent ce droit *uniquement* de la licence qui leur est attribuée conformément à l’art. 9 de la *Loi sur la radiodiffusion*, sous réserve des conditions dont cette licence est susceptible d’être assortie suivant l’al. 9(1)(b). À l’heure actuelle, les licences autorisant les EDR à retransmettre les signaux des stations locales les obligent à accorder les avantages énumérés précédemment, notamment à contribuer à un fonds destiné à ces stations. Le régime proposé aurait pour effet d’ajouter aux conditions assortissant les licences des EDR, ou de les modifier, en contraignant ces dernières à négocier directement avec les stations locales le versement d’une compensation.

[95] L’étendue du pouvoir discrétionnaire dont dispose le CRTC pour déterminer les mesures nécessaires à la mise en œuvre de la politique canadienne de radiodiffusion a été reconnue par notre Cour dans l’arrêt *CKOY*. Dans cette affaire, il s’agissait de décider si le CRTC avait, en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, compétence pour prendre un règlement interdisant à une station ou à un réseau de diffuser une conversation téléphonique sans le consentement du participant. S’exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Spence a déclaré que « le Parlement a certainement voulu donner au Conseil une grande latitude dans l’exercice de son pouvoir réglementaire pour la mise en œuvre de la politique et des objets pour lesquels

determining the validity of the CRTC's regulations as follows:

... the validity of any regulation enacted in reliance upon [the predecessor section to s. 10] must be tested by determining whether the regulation *deals with a class of subject referred to in s. 3* of the statute and ... in doing so the Court looks at the regulation objectively. [Emphasis added; p. 11.]

[96] Spence J. concluded that because the particular regulation had a basis in several of the policies enumerated in s. 3 of the Act, including the need to provide a reasonably balanced opportunity for the expression of differing views, and to provide programming of a high standard, the regulation was authorized by the *Broadcasting Act*: pp. 12-14.

[97] In accordance with this approach, the proposed regime is within the CRTC's regulatory jurisdiction under the *Broadcasting Act*, since it is demonstrably linked to several of the policies in s. 3. In its 2010 Policy, the CRTC determined that the new regime was necessary to ensure the fulfillment of the broadcasting policy objectives set out in s. 3(1) of the *Broadcasting Act*. In particular, the CRTC concluded that the regime was necessary to fulfill the policies stated in ss. 3(1)(e) and 3(1)(f):

(e) each element of the Canadian broadcasting system shall contribute in an appropriate manner to the creation and presentation of Canadian programming;

(f) each broadcasting undertaking shall make maximum use, and in no case less than predominant use, of Canadian creative and other resources in the creation and presentation of programming . . . .

[98] Because the proposed regime was intended to save the financially troubled local stations, it is also linked to the policy set out in s. 3(1)(s):

il a été créé » (p. 12, citant en les approuvant les propos de la Cour d'appel : (1976), 13 O.R. (2d) 156, p. 162). Le juge Spence a énoncé en ces termes le critère permettant de statuer sur la validité d'un règlement pris par le CRTC :

... pour déterminer la validité de règlements établis en vertu [de la disposition qu'a remplacée l'art. 10], il faut décider s'ils portent sur *une catégorie de sujets mentionnée à l'art. 3* de la Loi, et [. . .], ce faisant, le tribunal examine les règlements d'un point de vue objectif. [Italiques ajoutés; p. 11.]

[96] Le juge Spence a conclu que, comme le règlement en question reposait sur plusieurs des principes énoncés à l'art. 3 de la Loi, notamment la nécessité de fournir la possibilité raisonnable et équilibrée d'exprimer des vues différentes et d'offrir une programmation de haute qualité, la prise de ce règlement était autorisée par la *Loi sur la radiodiffusion* : p. 12-14.

[97] Suivant ce même raisonnement, le régime proposé en l'espèce respecte la compétence que la *Loi sur la radiodiffusion* reconnaît au CRTC en matière de réglementation, étant donné qu'il se rattache manifestement à plusieurs des principes établis à l'art. 3. Dans sa Politique de 2010, le CRTC a jugé que le nouveau régime est nécessaire pour assurer la réalisation des objectifs de la politique de radiodiffusion énoncés au par. 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, tout particulièrement ceux énumérés aux al. 3(1)(e) et f), qui sont reproduits ci-dessous :

e) tous les éléments du système doivent contribuer, de la manière qui convient, à la création et la présentation d'une programmation canadienne;

f) toutes les entreprises de radiodiffusion sont tenues de faire appel au maximum, et dans tous les cas au moins de manière prédominante, aux ressources — créatrices et autres — canadiennes pour la création et la présentation de leur programmation . . . ;

[98] Comme le régime proposé a été conçu pour sauver les stations locales en difficultés financières, il se rattache également au principe énoncé à l'al. 3(1)(s) :



(s) private networks and programming undertakings should, *to an extent consistent with the financial and other resources available to them,*

(i) contribute significantly to the creation and presentation of Canadian programming, and

(ii) be responsive to the evolving demands of the public. . . .

[99] Modern statutory interpretation looks to the objectives of the statute to construe the meaning of the words and the mandate. This had led to a long and accepted line of jurisprudence which has consistently interpreted the CRTC's jurisdiction to regulate and supervise Canadian broadcasting broadly. Reference has been made to the "very broad words" of the jurisdiction-conferring provisions in the *Broadcasting Act*, as well as the "embrasive objects committed to the Commission under [the predecessor to s. 5(1)], objects which extend to the supervision of 'all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy enunciated in section 3 of the Act'": *CKOY* at pp. 13-14, quoting Laskin C.J. in *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141.

[100] The Federal Court of Appeal has similarly and repeatedly indicated that the CRTC "has a very broad mandate under the *Broadcasting Act*", and "has been endowed with powers couched in the broadest of terms for 'the supervision and regulation of the Canadian broadcasting system'. . . with a view to implementing the broadcasting policy enunciated in section 3 of the Act": *Telecommunications Workers Union v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, 2003 FCA 381, [2004] 2 F.C.R. 3 ("T.W.U."), at para. 40; *Assn. for Public Broadcasting in British Columbia v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1981] 1 F.C. 524 (C.A.), at p. 530, leave to appeal refused, [1981] 1 S.C.R. v. Because of the CRTC's specialization and expertise, "Parliament has granted extensive powers for the supervision and regulation of the

s) les réseaux et les entreprises de programmation privés devraient, *dans la mesure où leurs ressources financières et autres le leur permettent*, contribuer de façon notable à la création et à la présentation d'une programmation canadienne tout en demeurant réceptifs à l'évolution de la demande du public;

[99] Suivant les règles modernes d'interprétation législative, il faut tenir compte des objectifs de la loi pour déterminer le sens des mots et le mandat de l'organisme concerné. L'application de cette méthode a donné lieu à une jurisprudence abondante et reconnue, qui a invariablement interprété de façon large la compétence du CRTC en matière de réglementation et de surveillance de la radiodiffusion au Canada. Les tribunaux ont fait état dans ces décisions du libellé « très général » des dispositions attributives de compétence de la *Loi sur la radiodiffusion*, et de la « grande portée des matières confiées au Conseil par [la disposition qu'a remplacée le par. 5(1)], qui comprennent la surveillance de "tous les aspects du système de la radiodiffusion canadienne en vue de mettre en œuvre la politique de radiodiffusion énoncée dans l'art. 3 de la présente loi" » : *CKOY*, p. 13-14, citant les propos du juge en chef Laskin dans *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141.

[100] De même, la Cour d'appel fédérale a indiqué à maintes reprises que le CRTC « est investi d'une très vaste mission en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* » et « de pouvoirs définis en termes très larges pour assurer "la réglementation et la surveillance du système de la radiodiffusion canadienne" [. . .] en vue de mettre en œuvre la politique de radiodiffusion énoncée dans l'article 3 de la Loi » : *Syndicat des travailleurs en télécommunications c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, 2003 CAF 381, [2004] 2 R.C.F. 3 (« S.T.T. »), par. 40; *Assn. for Public Broadcasting in British Columbia c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1981] 1 C.F. 524 (C.A.), p. 530, autorisation d'appel refusée, [1981] 1 R.C.S. v. À cause de l'expertise spécialisée du CRTC, « le Parlement [lui] a confié [. . .] de vastes pouvoirs

Canadian broadcasting system to allow [the CRTC] to implement the broadcasting policy set out in s. 3 of the *Broadcasting Act* . . . . It is settled that the CRTC has broad discretion in exercising its powers to issue or revoke licences”: *Société Radio-Canada v. Métromédia CMR Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266 (F.C.A.), at para. 2.

[101] The CRTC’s broad jurisdiction derives from the fact that each of ss. 5(1), 9(1)(b)(i) and 10(1)(k) confer generally-worded powers, along with a discretion to use them as the CRTC deems appropriate to implement the objects set out in s. 3(1). Courts have consistently determined the validity of the CRTC’s exercises of power under any of these provisions by applying the *CKOY* test: was the power used in connection with a policy objective in s. 3(1)? In *CKOY*, Spence J. dealt with the use of the regulation-making power, and noted that the section’s “very broad words . . . authorize one enactment of regulations to further any policy outlined in the whole of s. 3” (p. 13). In *Canadian Broadcasting League v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1983] 1 F.C. 182 (C.A.), aff’d [1985] 1 S.C.R. 174, Le Dain J.A., when he was in the Federal Court of Appeal, held that the same principle applies to the power to attach conditions to licences:

What was said concerning the validity of a regulation under [the predecessor to s. 10(1)] applies equally in my opinion to the validity of a condition attached to a licence under [the predecessor to s. 9(1)]. That section begins, like [the predecessor to s. 10(1)], with the words “In furtherance of the objects of the Commission”, and empowers the Executive Committee to subject a broadcasting licence to such conditions related to the circumstances of the licensee as it “deems appropriate for the implementation of the broadcasting policy enunciated in section 3”, an authority that is, if anything, even broader than that which is conferred by [the predecessor to s. 10(1)(k)]. [Emphasis added; p. 192.]

pour assurer la réglementation et la surveillance du système de radiodiffusion canadienne de façon à lui permettre de mettre en œuvre la politique de radiodiffusion énoncée dans l’article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* [ . . . ] Dans l’exercice de ses pouvoirs d’attribuer ou de révoquer une licence, il est établi qu’il jouit d’une grande discrétion » : *Société Radio-Canada c. Métromédia CMR Montréal Inc.* (1999), 254 N.R. 266 (C.A.F.), par. 2.

[101] La vaste compétence dont jouit le CRTC découle des pouvoirs que lui confèrent en termes généraux le par. 5(1) et les al. 9(1)b) et 10(1)k), ainsi que du pouvoir discrétionnaire dont il est investi d’employer ces pouvoirs de la manière qu’il estime indiquée pour la mise en œuvre des objectifs énoncés au par. 3(1). Les tribunaux ont systématiquement statué sur la validité de l’exercice par le CRTC des pouvoirs que lui accordent ces diverses dispositions en appliquant le critère établi dans l’arrêt *CKOY* : Est-il possible de rattacher l’exercice du pouvoir à l’un des objectifs énumérés au par. 3(1)? Dans cette affaire, le juge Spence s’est penché sur l’exercice du pouvoir de prendre des règlements et il a indiqué que le libellé « très général » de la disposition « autorise la promulgation de règlements visant à mettre en œuvre toute politique énoncée à l’art. 3 dans son ensemble » (p. 13). Dans l’arrêt *Ligue de la radiodiffusion canadienne c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1983] 1 C.F. 182 (C.A.), conf. par [1985] 1 R.C.S. 174, le juge Le Dain, alors juge de la Cour d’appel fédérale, a conclu que le même principe s’applique au pouvoir d’assortir les licences de conditions :

Ce qu’on a dit au sujet de la validité d’un règlement pris en vertu [de la disposition qu’a remplacée le par. 10(1)] s’applique également, à mon sens, à la validité d’une condition à laquelle est soumise une licence attribuée sous le régime [de la disposition qu’a remplacée le par. 9(1)]. Comme [la disposition qu’a remplacée le par. 10(1)], cet article commence par l’expression « Dans la poursuite des objets du Conseil », et autorise le comité de direction à soumettre une licence de radiodiffusion aux conditions propres à la situation du titulaire que le comité « estime appropriées pour la mise en œuvre de la politique de radiodiffusion énoncée dans l’article 3 », pouvoir qui est même plus large que celui conféré par [la disposition qu’a remplacée l’al. 10(1)k)]. [Italiques ajoutés; p. 192.]

In *T.W.U.*, Sexton J.A. reiterated that the *CKOY* test applies to the exercise of both the regulation-making and licence-condition powers. He held that

the CRTC has broad power to impose conditions of license. *The only limitation on the conditions that the CRTC may impose is that it must deem the conditions “appropriate for the implementation of the broadcasting policy set out in subsection 3(1).”* [Emphasis added; para. 48.]

[102] Moreover, courts have thus far recognized that the mandate granted to the CRTC under the *Broadcasting Act* is both economic and cultural (*T.W.U.*, at para. 28), not “primarily cultural”, as asserted by Justice Rothstein (at para. 32), and have upheld regulations and licensing conditions imposed by the CRTC in furtherance of economic objectives listed in the *Broadcasting Act*, but absent any specific grant of power.

[103] In *Canadian Broadcasting League*, as in the present case, at issue was the CRTC’s power to direct the economic relationship between participants in the broadcasting system and, specifically, whether the CRTC could fix the installation fees and maximum monthly fees that a BDU could charge to its subscribers. Le Dain J.A. held that the CRTC could do so under *either* its licensing power or its regulation-making power, rejecting the argument that the CRTC lacked the power to regulate rates and fees because it was not expressly granted in the *Broadcasting Act*.

[104] The CRTC’s jurisdiction to impose financial conditions on broadcast system participants was also upheld by the Federal Court of Appeal in *Canadian Motion Picture Distributors Assn. v. Partners of Viewer’s Choice Canada* (1996), 137 D.L.R. (4th) 561. The court held that the CRTC did not exceed its statutory mandate by requiring a pay-per-view licensee to share the revenues it earned

Dans *S.T.T.*, le juge Sexton de la Cour d’appel a rappelé que le critère établi dans *CKOY* s’applique à l’exercice tant du pouvoir de prendre des règlements que du pouvoir d’assortir les licences de certaines conditions. Il a tiré la conclusion suivante :

... le CRTC dispose d’un pouvoir étendu d’imposer des conditions de licence. *La seule restriction faite aux conditions que le CRTC peut imposer réside dans le fait que celui-ci doit estimer les conditions « indiquées pour la mise en œuvre de la politique canadienne de radiodiffusion . . . ».* [Italiques ajoutés; para. 48.]

[102] Qui plus est, les tribunaux ont reconnu jusqu’à présent au mandat confié au CRTC par la *Loi sur la radiodiffusion* un caractère à la fois économique et culturel (*S.T.T.*, par. 28), et non « principalement culture[1] », comme le prétend le juge Rothstein (par. 32), et ils ont confirmé la validité de règlements et de conditions établis par le CRTC en vue de favoriser la réalisation des objectifs économiques énumérés dans la *Loi sur la radiodiffusion*, malgré l’absence d’un pouvoir précis à cet égard.

[103] Tout comme dans la présente espèce, dans l’affaire *Ligue de la radiodiffusion canadienne* le litige portait sur le pouvoir du CRTC de régir les rapports économiques liant les participants du système de radiodiffusion et, particulièrement, sur la question de savoir si le CRTC était habilité à fixer les frais d’installation ainsi que les tarifs mensuels maximums qu’une EDR pouvait demander à ses abonnés. Le juge Le Dain de la Cour d’appel a conclu que le CRTC était habilité à le faire en vertu *soit* de son pouvoir d’attribuer des licences *soit* de son pouvoir de prendre des règlements, et il a rejeté l’argument selon lequel cet organisme n’avait pas compétence pour réglementer les tarifs et les frais du fait que ce pouvoir ne lui était pas conféré expressément dans la *Loi sur la radiodiffusion*.

[104] Le pouvoir du CRTC d’imposer des conditions financières aux participants du système de radiodiffusion a également été confirmé par la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Assoc. canadienne des distributeurs de films c. Associés de Viewer’s Choice Canada*, [1996] A.C.F. n° 894 (QL). La Cour d’appel a jugé que le CRTC n’avait pas outrepassé le mandat que lui confie la loi en obligeant

from the distribution of feature films in equal parts with the copyright holder and the licensed programming undertaking that assembled the pay-per-view content. According to the court:

The reference to the film distribution industry as “an important element of the broadcasting system” *provides a clear link* to the Commission’s objects in subsection 5(1) of the *Act* and the broadcasting policy in subsection 3(1). [Emphasis added; p. 565.]

A similar “clear link” exists in this case.

[105] And in *T.W.U.*, Sexton J.A. found that the CRTC could enact a regulation that essentially deregulated basic cable service rates in areas where there was sufficient competition to let market forces take over. He found that the CRTC had an obligation, based on the policy objectives in s. 3(1), to ensure that programming was provided at affordable rates, and could rely on market forces to fulfill that objective. Similarly, in this case, the CRTC seeks to implement a market-based negotiation scheme consistent with the policy objectives in s. 3(1).

[106] In each of these cases, the CRTC regulated an economic aspect of the Canadian broadcasting system by requiring revenue splitting, by setting rates for services, or by deregulating them. None of these forms of regulation was tied to a specific and express grant of power in the *Broadcasting Act*. In each case, the CRTC was found to have jurisdiction under either or both of its general powers to make regulations and impose conditions on licences.

[107] The conclusion that the proposed regime is within CRTC jurisdiction is consistent with this broad mandate, most recently upheld by this

le titulaire d’une licence de télévision à la carte à partager les revenus qu’il tirait de la distribution de longs métrages sur une base égale avec le titulaire du droit d’auteur et avec l’entreprise de programmation autorisée ayant assemblé la programmation offerte à la carte. Pour reprendre les propos du tribunal :

Le renvoi à l’industrie de la distribution des films comme à « un élément important du système de la radiodiffusion » *établit un lien évident* avec la mission confiée au Conseil au paragraphe 5(1) de la *Loi* et la politique de radiodiffusion exposée au paragraphe 3(1). [Italiques ajoutés; par. 6.]

Nous sommes en présence d’un tel « lien évident » en l’espèce.

[105] De plus, dans *S.T.T.* le juge Sexton a conclu que le CRTC était habilité à prendre un règlement qui avait essentiellement pour effet de déréglementer les tarifs du service de câblodistribution de base dans les zones où la concurrence est suffisante pour laisser jouer les forces du marché. Selon le juge Sexton, le CRTC a, suivant les objectifs de politique énoncés au par. 3(1), l’obligation d’assurer la fourniture de la programmation à des tarifs abordables et il peut s’en remettre aux forces du marché pour atteindre cet objectif. De même, en l’espèce, le CRTC propose la mise en place d’un régime de libre négociation conforme aux objectifs prévus au par. 3(1).

[106] Dans chaque affaire mentionnée précédemment, le CRTC a réglementé un aspect économique du système canadien de radiodiffusion, tantôt en obligeant le partage des revenus, tantôt en fixant les tarifs des services ou en les déréglementant. Or, aucune de ces interventions du CRTC ne se rattachait à un pouvoir précis, expressément conféré par la *Loi sur la radiodiffusion*. Dans chaque instance, le CRTC s’est vu reconnaître la compétence nécessaire en vertu de son pouvoir général de prendre des règlements, de son pouvoir général d’assortir les licences de conditions, ou des deux.

[107] La conclusion selon laquelle le régime proposé relève de la compétence du CRTC est conforme à ce vaste mandat, lequel a été confirmé

Court in *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764. The issue was whether the CRTC could exercise the rate-setting authority it had under the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, to require local carriers to spend their deferral accounts by expanding broadband services and giving credits to consumers. This Court confirmed that the decision was entirely within the CRTC's mandate:

... the issues raised in these appeals go to the very heart of the CRTC's specialized expertise. In the appeals before us, the core of the quarrel in effect is with the methodology for setting rates and the allocation of certain proceeds derived from those rates, *a polycentric exercise with which the CRTC is statutorily charged and which it is uniquely qualified to undertake*. . . .

... it follows from the CRTC's broad discretion to determine just and reasonable rates under s. 27, its power to order a carrier to adopt any accounting method under s. 37, and its statutory mandate under s. 47 to implement the wide-ranging Canadian telecommunications policy objectives set out in s. 7, that the *Telecommunications Act* provides the CRTC with *considerable scope in establishing and approving the use to be made of deferral accounts*. [Emphasis added; paras. 38 and 55.]

[108] This broad mandate to set rates in furtherance of Canada's telecommunications policy is analogous to the CRTC's broad mandate to set licensing conditions in furtherance of Canada's broadcasting policy as it has purported to do in the 2010 Policy. Both mandates involve "a polycentric exercise", necessitating a "considerable scope" of jurisdiction.

[109] Having determined that the *Broadcasting Act* would grant authority to the CRTC to implement the new regime, the question then is whether the regime creates an "unavoidable conflict" with

récemment par notre Cour dans l'arrêt *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764. Il s'agissait dans cette affaire de savoir si le CRTC pouvait exercer le pouvoir de tarification dont il dispose en vertu de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, pour obliger les fournisseurs locaux à utiliser leur compte de report afin d'étendre le service à large bande et de verser un crédit aux consommateurs. La Cour a confirmé que la décision du CRTC relevait entièrement de son mandat :

... les questions soulevées dans les présents pourvois ressortissent donc à l'essence même de l'expertise spécialisée du CRTC. Le fond du différend concerne en fait la méthode d'établissement des tarifs et l'affectation de certains fonds provenant de ces tarifs, *un exercice polycentrique que le législateur a confié au CRTC et pour lequel ce dernier possède une compétence particulière*. . . .

... le vaste pouvoir discrétionnaire conféré au CRTC pour la détermination des tarifs justes et raisonnables exigés par l'art. 27, son pouvoir d'imposer à une entreprise, en vertu de l'art. 37, l'adoption de toute méthode comptable qu'il estime appropriée et l'obligation qui lui est faite par l'art. 47 de veiller à la réalisation des grands objectifs de la politique canadienne de télécommunication énoncés à l'art. 7 indiquent que la *Loi sur les télécommunications* lui donne une *latitude considérable pour établir les comptes de report et approuver l'utilisation qui en sera faite*. [Italiques ajoutés; par. 38 et 55.]

[108] Ce large mandat — à savoir l'établissement de tarifs pour favoriser la mise en œuvre de la politique canadienne de télécommunication — est analogue au large mandat qu'il s'est donné dans la Politique de 2010 — à savoir assortir les licences de certaines conditions pour favoriser la mise en œuvre de la politique canadienne de radiodiffusion. Ces deux mandats supposent un « exercice polycentrique », qui exige une compétence conférant « une latitude considérable ».

[109] Maintenant que nous avons jugé que la *Loi sur la radiodiffusion* accorde au CRTC le pouvoir de mettre sur pied le nouveau régime, il faut se demander si ce régime créerait avec la *Loi sur le*

the *Copyright Act* in a way that would invalidate this preliminary interpretive conclusion.

[110] The BDUs point to two unavoidable conflicts between the proposed regime and the provisions of the *Copyright Act*. First, they argue that the regime conflicts with s. 21(1)(c). This provision states that a “broadcaster” — which includes a local station — has the sole right “to authorize another broadcaster to retransmit [its signals] to the public”. The definition of “broadcaster” in s. 2 of the *Copyright Act*, however, *excludes* BDUs, as entities whose “primary activity in relation to communication signals is their retransmission”. Since BDUs are excluded from the definition, they argue that they need not be “authorize[d]” under s. 21(1)(c) at all. This provision therefore conflicts with the proposed regime, which not only gives local stations the right to authorize BDUs to retransmit their signals, but also gives them the right to block BDUs from retransmitting those signals altogether.

[111] In our view, there is no unavoidable conflict with s. 21(1)(c). There is nothing in either the definition of “broadcaster” or in s. 21(1)(c) of the *Copyright Act* that purports to immunize BDUs from licensing requirements put in place by the CRTC in accordance with its broadcasting mandate. BDUs derive their right to retransmit signals only from licences granted pursuant to s. 9 of the *Broadcasting Act*, and must meet the conditions imposed by the CRTC on their retransmission licences, including those set out in the proposed regime.

[112] Section 21(1)(c) deals only with the extent to which local stations, as “broadcasters”, have a copyright in their communication signals. It does not affect the licensing requirements under the *Broadcasting Act*. While BDUs do not need permission to retransmit signals under the *Copyright Act*, that does not mean they are free to retransmit

*droit d’auteur* un « conflit inévitable » ayant pour effet d’invalider notre conclusion interprétative préliminaire.

[110] Les EDR font état de deux conflits inévitables entre le régime proposé et les dispositions de la *Loi sur le droit d’auteur*. Premièrement, elles prétendent que le régime entre en conflit avec l’al. 21(1)(c). Suivant cette disposition, un « radiodiffuseur » — terme qui s’entend notamment d’une station locale — a le droit exclusif « d’autoriser un autre radiodiffuseur à [. . .] retransmettre [ses signaux] au public ». Toutefois, les EDR sont expressément *exclues* de la définition de « radiodiffuseur » à l’art. 2 de la *Loi sur le droit d’auteur* en tant qu’entités « dont l’activité principale, liée au signal de communication, est la retransmission de celui-ci ». Comme elles sont exclues du champ d’application de la définition, elles font valoir qu’elles n’ont pas besoin d’être « autoris[ées] » par quiconque en vertu de l’al. 21(1)(c). Par conséquent, cette disposition entrerait en conflit avec le régime proposé, lequel permet aux stations locales non seulement d’autoriser les EDR à retransmettre leurs signaux, mais également d’empêcher complètement la retransmission de ces signaux.

[111] À notre avis, il n’existe pas de conflit inévitable avec l’al. 21(1)(c). Rien dans cette disposition de la *Loi sur le droit d’auteur* ou dans la définition de « radiodiffuseur » n’a pour effet de soustraire les EDR aux exigences établies par le CRTC en matière d’attribution de licences dans le cadre de son mandat relatif à la radiodiffusion. Les EDR tiennent leur droit de retransmettre des signaux uniquement des licences qui leur sont attribuées en vertu de l’art. 9 de la *Loi sur la radiodiffusion*, et elles doivent satisfaire aux conditions dont le CRTC a assorti leur licence, y compris celles prévues dans le régime proposé.

[112] L’alinéa 21(1)(c) traite uniquement de l’étendue du droit d’auteur dont jouit une station locale, à titre de « radiodiffuseur », à l’égard de ses signaux de communication. Il n’a aucune incidence sur les exigences en matière d’attribution de licence établies en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*. Bien que les EDR soient libres de retransmettre des signaux sans

signals without permission under the *Broadcasting Act*.

[113] The second conflict alleged by the BDUs is with s. 31(2)(d) of the *Copyright Act*. The full provision states:

**31. . . .**

(2) It is not an infringement of copyright for a retransmitter to communicate to the public by telecommunication any literary, dramatic, musical or artistic work if

(a) the communication is a retransmission of a local or distant signal;

(b) the retransmission is lawful under the *Broadcasting Act*;

(c) the signal is retransmitted simultaneously and without alteration, except as otherwise required or permitted by or under the laws of Canada;

(d) in the case of the retransmission of a *distant signal*, the retransmitter has paid any royalties, and complied with any terms and conditions, fixed under this Act; and

(e) the retransmitter complies with the applicable conditions, if any, referred to in paragraph (3)(b).

[114] This section means that it is not an infringement of copyright if a retransmitter, like a BDU, is retransmitting local or distant signals, is retransmitting lawfully under the *Broadcasting Act*, and, if it is retransmitting a distant signal, has paid copyright royalties. The BDUs' main argument under this provision is that even though s. 31(2)(a) refers to both "local" and "distant" signals, s. 31(2)(d) limits royalty payments to distant signals only. This reference to *distant* signals in s. 31(2)(d), they say, conflicts with the proposed regime, which effectively creates royalties for local signals, which are generally the type of signals emitted by local stations.

permission en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, cela ne signifie pas qu'elles sont également libres de le faire en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*.

[113] Le deuxième conflit invoqué par les EDR concerne l'al. 31(2)d) de la *Loi sur le droit d'auteur* :

**31. . . .**

(2) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour le retransmetteur, de communiquer une œuvre au public par télécommunication si, à la fois :

a) la communication consiste en la retransmission d'un signal local ou éloigné, selon le cas;

b) la retransmission est licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*;

c) le signal est retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, simultanément et sans modification;

d) dans le cas de la retransmission d'un *signal éloigné*, le retransmetteur a acquitté les redevances et respecté les modalités fixées sous le régime de la présente loi;

e) le retransmetteur respecte les conditions applicables, le cas échéant, visées à l'alinéa (3)b).

[114] Il ressort de cette disposition qu'il n'y a pas violation du droit d'auteur si un retransmetteur, par exemple une EDR, retransmet des signaux locaux ou éloignés, si la retransmission est licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* et, lorsqu'il s'agit d'un signal éloigné, si le retransmetteur a acquitté les redevances payables au titre du droit d'auteur. Le principal argument invoqué par les EDR sur le fondement de cette disposition consiste à dire que, même si l'al. 31(2)a) mentionne à la fois les signaux « locaux » et les signaux « éloignés », l'al. 31(2)d) limite à la retransmission des signaux éloignés uniquement l'obligation de payer des redevances. Selon les EDR, la mention des signaux éloignés dans cette dernière disposition entre en conflit avec le régime proposé, lequel exige le paiement de redevances pour la retransmission de signaux locaux, c'est-à-dire généralement le type de signaux qu'émettent les stations locales.

[115] This argument turns s. 31(2)(d) on its head. Even within the context of the *Copyright Act* alone, s. 31(2)(d) simply requires that BDUs pay a copyright royalty to copyright owners for retransmitting “distant signal[s]”. Nothing in the plain meaning of this provision actually *prevents* a copyright royalty for retransmitting “local signal[s]”. If Parliament had intended to prevent such royalties for local signals under any circumstances, it would have expressly said so.

[116] But, despite the plain wording of s. 31(2)(d), the BDUs argue that it was Parliament’s implicit intention to prevent royalties for the retransmission of local signals. They point to a number of reports, committee transcripts and submissions relating to the legislative history of the *Copyright Act*, which they claim demonstrate Parliament’s consistent refusal to grant such royalties. With respect, these materials are of limited assistance. The fact that Parliament may have decided not to impose royalties on the retransmission of local signals for the benefit of copyright owners has nothing to do with whether the BDUs can be required to compensate local stations for a different purpose, namely, to fulfill the conditions of their retransmission licence under the *Broadcasting Act*. We therefore do not accept that s. 31(2)(d) of the *Copyright Act* creates an unavoidable conflict with the proposed regime.

[117] The lack of a conflict between the proposed regime and s. 31(2)(d) is highlighted by s. 31(2)(b), which states that BDUs are only entitled to avoid copyright infringement for retransmitting signals where “the retransmission is lawful under the *Broadcasting Act*”. We agree with the majority of the Federal Court of Appeal that s. 31(2)(b) demonstrates Parliament’s clear intention that the conditions placed on BDUs under the *Broadcasting*

[115] Leur argument fait dire à l’al. 31(2)d) quelque chose qu’il ne dit pas. Même interprété à la seule lumière de la *Loi sur le droit d’auteur*, cet alinéa requiert simplement que les EDR qui retransmettent des « signa[ux] éloigné[s] » versent des redevances aux titulaires des droits d’auteur sur ces signaux. Le sens de cette disposition est clair et rien dans celle-ci n’a pour effet d’empêcher concrètement que des redevances puissent être exigées, au titre du droit d’auteur, pour la retransmission de « signa[ux] loca[ux] ». Si le législateur avait voulu interdire de telles redevances en toute circonstance, il l’aurait dit expressément.

[116] Toutefois, malgré le libellé clair de l’al. 31(2)d), les EDR font valoir que le législateur avait implicitement l’intention d’interdire les redevances pour la retransmission de signaux locaux. Elles invoquent à cet égard un certain nombre de rapports, transcriptions de délibérations de comités et mémoires relatifs à l’historique législatif de la *Loi sur le droit d’auteur* qui, selon elles, démontrent que le législateur a constamment refusé d’accorder de telles redevances. En toute déférence, ces documents n’ont qu’une utilité limitée. Le fait que le législateur ait pu décider de ne pas subordonner la retransmission de signaux locaux au versement de redevances aux titulaires du droit d’auteur sur ces signaux n’a aucun lien avec la question de savoir si les EDR peuvent être requises de verser une compensation aux stations locales pour une autre fin, à savoir pour satisfaire aux conditions assortissant leurs licences de retransmission en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*. Par conséquent, nous ne pouvons accepter l’argument selon lequel l’al. 31(2)d) de la *Loi sur le droit d’auteur* crée un conflit inévitable avec le régime proposé.

[117] L’absence de conflit ressort également de l’al. 31(2)b), qui précise que la retransmission de signaux ne viole pas le droit d’auteur tant que « la retransmission est licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* ». Nous souscrivons à la conclusion des juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale selon laquelle l’al. 31(2)b) démontre l’intention claire du législateur de donner aux conditions imposées aux EDR en vertu de la *Loi sur la*



*Act* in furtherance of Canada’s broadcasting policy are ranked ahead of the BDUs’ statutory right to retransmit signals under s. 31(2) of the *Copyright Act*.

[118] The BDUs argue, however, that the language in s. 31(2)(b) is too broad to override the specific language in s. 31(2)(d) limiting royalties to those for “distant signals”. They cite two cases to support their argument: *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476, and *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140. Neither of these two cases deals with a conflict between statutes, and neither stands for the proposition that a single word in a provision — such as “distant” signal — can defeat an otherwise express and clear legislative intention. *Barrie Public Utilities* dealt only with whether the CRTC had jurisdiction to grant a right of access to a utility’s power poles under s. 43(5) of the *Telecommunications Act*, and *ATCO* dealt with whether the Alberta Energy and Utilities Board had jurisdiction to order that proceeds from an asset sale be allocated to a utility’s customers under s. 15(3) of the *Alberta Energy and Utilities Board Act*, R.S.A. 2000, c. A-17.

[119] At the end of the day, the BDUs’ argument is that the proposed regime somehow creates a new copyright. They argue that the exclusive right to authorize or block retransmission by BDUs, and the requirement that BDUs compensate local stations for retransmitting their signals, creates a copyright for local stations in the retransmission of their signals. According to the BDUs, this violates s. 89 of the *Copyright Act*, which states that “[n]o person is entitled to copyright otherwise than under and in accordance with this Act or any other Act of Parliament”. It also violates this Court’s statement in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, that “copyright is a creature of statute and the rights

*radiodiffusion* pour la mise en œuvre de la politique canadienne de radiodiffusion priorité sur le droit légal de ces entreprises de retransmettre des signaux conformément au par. 31(2) de la *Loi sur le droit d’auteur*.

[118] Cependant, les EDR affirment que le libellé de l’al. 31(2)(b) est trop général pour écarter le libellé explicite de l’al. 31(2)(d), lequel limite le paiement de redevances aux seuls « signaux éloignés ». Elles invoquent deux arrêts au soutien de leur argument : *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476, et *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140. Or, aucun de ces arrêts ne porte sur un conflit de lois et ne permet d’affirmer que la seule présence d’un mot donné dans une disposition — par exemple « éloigné » — puisse écarter l’intention par ailleurs claire et expresse du législateur. Dans *Barrie Public Utilities*, il s’agissait uniquement de décider si le par. 43(5) de la *Loi sur les télécommunications* habilitait le CRTC à donner accès aux poteaux électriques d’une entreprise de services publics. L’affaire *ATCO* portait sur la question de savoir si l’office de l’énergie et des services publics de l’Alberta avait compétence pour attribuer le produit de la vente d’un bien aux clients d’un service public en vertu du par. 15(3) de l’*Alberta Energy and Utilities Board Act*, R.S.A. 2000, ch. A-17.

[119] En définitive, l’argument des EDR consiste à dire que le régime proposé crée en quelque sorte un nouveau type de droit d’auteur. Elles prétendent que le droit exclusif des stations locales d’autoriser ou d’interdire la retransmission de leurs signaux par les EDR, conjugué à l’obligation imposée à ces dernières de compenser les premières pour la retransmission de ces signaux, a pour effet de créer en faveur des stations locales un droit d’auteur sur la retransmission de leurs signaux. Selon les EDR, cette situation viole l’art. 89 de la *Loi sur le droit d’auteur*, lequel précise que « [n]ul ne peut revendiquer un droit d’auteur autrement qu’en application de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ». Elle serait également incompatible avec la

and remedies provided by the *Copyright Act* are exhaustive” (para. 9).

[120] We do not see the proposed regime as giving local stations a copyright in the retransmission of their television signals. Section 2 of the *Copyright Act* defines “copyright” in the case of a communication signal as “the rights described in . . . section 21”. The exhaustive definition of copyright in s. 21 leaves out the right to authorize retransmission by BDUs. We do not see the proposed regime as *amending* this definition, something it cannot in any event do, given s. 89, but as instituting a different type of regulation with respect to an aspect of broadcasting that is simply not included in the exhaustive statutory scheme of copyright.

[121] There are significant functional differences, as well. The copyright owner does not need to forego any other entitlements to claim a copyright. Instead, copyright automatically attaches to a communication signal, lasting for 50 years after the end of the calendar year in which it was broadcast: *Copyright Act*, s. 23(1)(c). The proposed regime, in contrast, gives local stations a limited power, and only *vis-à-vis* BDUs. The local stations have to forego their existing entitlements under the current regime in order to participate in the new regime. Moreover, the local stations’ power to prevent BDUs from retransmitting their signals is conditional on a complete breakdown of negotiations and a resulting lack of agreement with the BDUs. There are additional conditions under the proposed regime that are not placed on copyright owners: for example, local stations must spend approximately 30 percent of any negotiated compensation they receive on Canadian programming, with 5 percent dedicated to “programs of national interest”. Finally, unlike copyright, the new regime is renewable every three years and subject to ongoing regulatory oversight by the CRTC: 2010 Policy,

conclusion exprimée par la Cour dans l’arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, selon laquelle « le droit d’auteur tire son origine de la loi, et les droits et recours que prévoit la *Loi sur le droit d’auteur* sont exhaustifs » (par. 9).

[120] Nous ne considérons pas que le régime proposé confère aux stations locales un droit d’auteur à l’égard de la retransmission de leurs signaux de télévision. Aux termes de l’art. 2 de la *Loi sur le droit d’auteur*, le terme « droit d’auteur » s’entend, dans le cas d’un signal de communication, « du droit visé [. . .] à l’article 21 ». La définition exhaustive de ce terme à l’art. 21 ne prévoit pas le droit d’autoriser la retransmission de signaux par une EDR. Selon nous, le régime proposé n’a pas pour effet de *modifier* cette définition — effet qu’il ne peut avoir de toute façon, compte tenu de l’art. 89 —, mais d’instaurer un autre type de réglementation à l’égard d’un aspect de la radiodiffusion que le régime législatif exhaustif en matière de droit d’auteur n’encadre tout simplement pas.

[121] Il existe en outre des différences fonctionnelles importantes. Le titulaire du droit d’auteur n’est pas tenu de renoncer à un autre droit pour revendiquer le droit d’auteur. En effet, ce droit s’applique automatiquement au signal de communication pendant 50 ans suivant la fin de l’année civile au cours de laquelle il a été émis : *Loi sur le droit d’auteur*, al. 23(1)(c). À l’inverse, le régime proposé confère un pouvoir limité aux stations locales, et ce, uniquement à l’égard des EDR. Les stations locales doivent renoncer aux droits offerts par le régime actuel pour participer au nouveau régime. Qui plus est, l’exercice par une station locale du pouvoir d’interdire la retransmission de ses signaux par une EDR est subordonné à l’échec total des négociations avec cette dernière et à l’absence d’entente. Le régime proposé impose d’autres conditions qui ne sont pas exigées des titulaires du droit d’auteur : par exemple, les stations locales doivent dépenser, au titre des émissions canadiennes, environ 30 p. 100 des revenus tirés des ententes négociées, dont 5 p. 100 au titre des « émissions d’intérêt national ». Enfin, contrairement au droit d’auteur, le régime proposé est renouvelable tous

paras. 51, 74-75 and 155-164. The proposed regime, therefore, is far from “functionally equivalent”, as stated by the dissent in the Federal Court of Appeal (at para. 84), to giving local stations a full copyright in the retransmission of their signals.

[122] The regime aims to further the objectives found in s. 3(1)(e), (f) and (s), which call for each element of the Canadian broadcasting system to contribute to the creation and presentation of Canadian programming; call for broadcasting undertakings to make maximum use of Canadian creative and other resources in the creation and presentation of programming; and call for private networks, to the extent consistent with the resources available to them, to contribute to the creation and presentation of Canadian programming. The CRTC has every right to turn to market-based means of fulfilling these specific objectives of Canadian broadcasting policy. These objectives differ from the more general copyright objectives of “promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator”: *Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 30. Indeed, as discussed above, BDUs are already required to make financial contributions under the current regime, and they are already required to negotiate compensation with local stations for the retransmission of distant signals.

[123] In our view, therefore, there is no unavoidable conflict with the *Copyright Act* that would eliminate the CRTC’s jurisdiction to implement the proposed regime.

[124] The BDUs also make policy arguments, submitting that giving local stations the ability to block their signals, as well as the extra compensation to local stations, will increase costs and

les trois ans et fait l’objet de la surveillance continue du CRTC : Politique de 2010, par. 51, 74-75 et 155-164. Par conséquent, les deux régimes sont loin d’être « fonctionnellement équivalents », comme le prétend le juge dissident de la Cour d’appel fédérale (par. 84), et le régime proposé n’a pas pour effet de reconnaître aux stations locales le plein droit d’auteur à l’égard de la retransmission de leurs signaux.

[122] Le régime vise à réaliser les objectifs énoncés aux al. 3(1)e, f) et s), dispositions qui, respectivement, invitent tous les éléments du système de radiodiffusion canadien à contribuer à la création et à la présentation d’une programmation canadienne, invitent les entreprises de radiodiffusion à faire appel au maximum aux ressources canadiennes, créatrices et autres, pour la création et la présentation de leur programmation et, enfin, invitent les réseaux privés à contribuer, dans la mesure où leurs ressources financières le leur permettent, à la création et à la présentation d’une programmation canadienne. Le CRTC a entièrement le droit de recourir à des mesures basées sur les règles du marché pour réaliser les objectifs précisés dans la politique canadienne de radiodiffusion. Ces objectifs diffèrent de ceux, plus généraux, que vise le droit d’auteur, soit « la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et [ . . . ] l’obtention d’une juste récompense pour le créateur » : *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 30. D’ailleurs, comme nous l’avons expliqué précédemment, les EDR sont déjà tenues de verser une contribution financière en vertu du régime actuel et de négocier avec les stations locales les sommes payables à celles-ci pour la retransmission de leurs signaux éloignés.

[123] Par conséquent, il n’existe à notre avis aucun conflit inévitable avec la *Loi sur le droit d’auteur* qui priverait le CRTC du pouvoir de mettre en œuvre le régime proposé.

[124] Les EDR invoquent également des considérations d’intérêt général. Elles font valoir que la faculté accordée aux stations locales de bloquer leurs signaux ainsi que la compensation supplémentaire

signal interruptions, ultimately hurting end consumers. We do not find this argument persuasive. First, retransmitting local signals is currently the *only* instance where a BDU can distribute signals without the broadcaster's prior consent. The CRTC has implemented mandatory negotiation-based schemes for other services, including specialty channels, pay-per-view and video-on-demand.

[125] More importantly, however, the new regime's potential success in achieving the broadcasting policy objectives is completely irrelevant to determining whether the CRTC has jurisdiction to implement it. Any question as to the wisdom of the regime is a question solely for the CRTC as the single broadcasting authority in s. 3(2) of the *Broadcasting Act*. As an expert body, the CRTC, not the courts, is in the best position to decide what measures are necessary to save local stations from going bankrupt. In any event, if for any reason the proposed regime proves unworkable in the future, the CRTC has both the authority and the necessary expertise to make the appropriate changes.

[126] We would therefore dismiss the appeal with costs.

## APPENDIX

*Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11

2. (1) In this Act,

. . . .

“broadcasting undertaking” includes a distribution undertaking, a programming undertaking and a network;

. . . .

versée à ces dernières feront augmenter les coûts et le nombre d'interruptions de signaux, et qu'en définitive ce sont les consommateurs qui en souffriront. Cet argument ne nous convainc pas. Tout d'abord, à l'heure actuelle, la retransmission de signaux locaux est le *seul* cas où une EDR peut distribuer des signaux sans le consentement préalable du radiodiffuseur. Le CRTC a mis sur pied des régimes de négociation applicables à d'autres services, y compris les chaînes spécialisées, la télévision à la carte et la vidéo sur demande.

[125] Facteur plus important toutefois, la question de savoir si le nouveau régime permettra ou non la réalisation des objectifs de la politique de radiodiffusion n'a absolument aucune pertinence pour décider si le CRTC a compétence pour mettre ce régime en œuvre. Toute question concernant l'opportunité du régime relève uniquement du CRTC, en sa qualité de seul organisme chargé de régir la radiodiffusion aux termes du par. 3(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*. En tant qu'organisme expert, le CRTC est mieux placé que les tribunaux judiciaires pour décider des mesures nécessaires pour sauver les stations locales de la faillite. Quoi qu'il en soit, si le régime proposé se révélait ultérieurement inapplicable pour une raison ou pour une autre, le CRTC possède tant la compétence que l'expertise nécessaire pour y apporter les changements qui s'imposent.

[126] Par conséquent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

## ANNEXE

*Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . . .

« émission » Les sons ou les images — ou leur combinaison — destinés à informer ou divertir, à l'exception des images, muettes ou non, consistant essentiellement en des lettres ou des chiffres.

. . . .

“distribution undertaking” means an undertaking for the reception of broadcasting and the retransmission thereof by radio waves or other means of telecommunication to more than one permanent or temporary residence or dwelling unit or to another such undertaking;

« entreprise de distribution » Entreprise de réception de radiodiffusion pour retransmission, à l’aide d’ondes radioélectriques ou d’un autre moyen de télécommunication, en vue de sa réception dans plusieurs résidences permanentes ou temporaires ou locaux d’habitation, ou en vue de sa réception par une autre entreprise semblable.

. . .

. . .

“program” means sounds or visual images, or a combination of sounds and visual images, that are intended to inform, enlighten or entertain, but does not include visual images, whether or not combined with sounds, that consist predominantly of alphanumeric text;

« entreprise de programmation » Entreprise de transmission d’émissions soit directement à l’aide d’ondes radioélectriques ou d’un autre moyen de télécommunication, soit par l’intermédiaire d’une entreprise de distribution, en vue de leur réception par le public à l’aide d’un récepteur.

. . .

“programming undertaking” means an undertaking for the transmission of programs, either directly by radio waves or other means of telecommunication or indirectly through a distribution undertaking, for reception by the public by means of broadcasting receiving apparatus;

« entreprise de radiodiffusion » S’entend notamment d’une entreprise de distribution ou de programmation, ou d’un réseau.

. . .

. . .

3. (1) It is hereby declared as the broadcasting policy for Canada that

3. (1) Il est déclaré que, dans le cadre de la politique canadienne de radiodiffusion :

. . .

. . .

(e) each element of the Canadian broadcasting system shall contribute in an appropriate manner to the creation and presentation of Canadian programming;

e) tous les éléments du système doivent contribuer, de la manière qui convient, à la création et la présentation d’une programmation canadienne;

(f) each broadcasting undertaking shall make maximum use, and in no case less than predominant use, of Canadian creative and other resources in the creation and presentation of programming . . .;

f) toutes les entreprises de radiodiffusion sont tenues de faire appel au maximum, et dans tous les cas au moins de manière prédominante, aux ressources — créatrices et autres — canadiennes pour la création et la présentation de leur programmation . . .;

(g) the programming originated by broadcasting undertakings should be of high standard;

g) la programmation offerte par les entreprises de radiodiffusion devrait être de haute qualité;

. . .

. . .

(s) private networks and programming undertakings should, to an extent consistent with

s) les réseaux et les entreprises de programmation privés devraient, dans la mesure où leurs ressources

the financial and other resources available to them,

- (i) contribute significantly to the creation and presentation of Canadian programming, and
- (ii) be responsive to the evolving demands of the public; and
- (t) distribution undertakings
  - (i) should give priority to the carriage of Canadian programming services and, in particular, to the carriage of local Canadian stations,

. . .

(iii) should, where programming services are supplied to them by broadcasting undertakings pursuant to contractual arrangements, provide reasonable terms for the carriage, packaging and retailing of those programming services

. . .

(2) It is further declared that the Canadian broadcasting system constitutes a single system and that the objectives of the broadcasting policy set out in subsection (1) can best be achieved by providing for the regulation and supervision of the Canadian broadcasting system by a single independent public authority.

5. (1) Subject to this Act and the *Radiocommunication Act* and to any directions to the Commission issued by the Governor in Council under this Act, the Commission shall regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy set out in subsection 3(1) and, in so doing, shall have regard to the regulatory policy set out in subsection (2).

(2) The Canadian broadcasting system should be regulated and supervised in a flexible manner that

- (a) is readily adaptable to the different characteristics of English and French language broadcasting and to the different conditions under which broadcasting undertakings that provide English or French language programming operate;
- (b) takes into account regional needs and concerns;
- (c) is readily adaptable to scientific and technological change;

financières et autres le leur permettent, contribuer de façon notable à la création et à la présentation d'une programmation canadienne tout en demeurant réceptifs à l'évolution de la demande du public;

t) les entreprises de distribution :

- (i) devraient donner priorité à la fourniture des services de programmation canadienne, et ce en particulier par les stations locales canadiennes,

. . .

(iii) devraient offrir des conditions acceptables relativement à la fourniture, la combinaison et la vente des services de programmation qui leur sont fournis, aux termes d'un contrat, par les entreprises de radiodiffusion . . .

. . .

(2) Il est déclaré en outre que le système canadien de radiodiffusion constitue un système unique et que la meilleure façon d'atteindre les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion consiste à confier la réglementation et la surveillance du système canadien de radiodiffusion à un seul organisme public autonome.

5. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, ainsi que de la *Loi sur la radiocommunication* et des instructions qui lui sont données par le gouverneur en conseil sous le régime de la présente loi, le Conseil réglemente et surveille tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion.

(2) La réglementation et la surveillance du système devraient être souples et à la fois:

- a) tenir compte des caractéristiques de la radiodiffusion dans les langues française et anglaise et des conditions différentes d'exploitation auxquelles sont soumises les entreprises de radiodiffusion qui diffusent la programmation dans l'une ou l'autre langue;
- b) tenir compte des préoccupations et des besoins régionaux;
- c) pouvoir aisément s'adapter aux progrès scientifiques et techniques;

(d) facilitates the provision of broadcasting to Canadians;

(e) facilitates the provision of Canadian programs to Canadians;

(f) does not inhibit the development of information technologies and their application or the delivery of resultant services to Canadians; and

(g) is sensitive to the administrative burden that, as a consequence of such regulation and supervision, may be imposed on persons carrying on broadcasting undertakings.

(3) The Commission shall give primary consideration to the objectives of the broadcasting policy set out in subsection 3(1) if, in any particular matter before the Commission, a conflict arises between those objectives and the objectives of the regulatory policy set out in subsection (2).

**9.** (1) Subject to this Part, the Commission may, in furtherance of its objects,

(a) establish classes of licences;

(b) issue licences for such terms not exceeding seven years and subject to such conditions related to the circumstances of the licensee

(i) as the Commission deems appropriate for the implementation of the broadcasting policy set out in subsection 3(1), and

(ii) in the case of licences issued to the Corporation, as the Commission deems consistent with the provision, through the Corporation, of the programming contemplated by paragraphs 3(1)(l) and (m);

(c) amend any condition of a licence on application of the licensee or, where five years have expired since the issuance or renewal of the licence, on the Commission's own motion;

(d) issue renewals of licences for such terms not exceeding seven years and subject to such conditions as comply with paragraph (b);

(e) suspend or revoke any licence;

(f) require any licensee to obtain the approval of the Commission before entering into any contract with a telecommunications common carrier for the distribution of programming directly to the public using the facilities of that common carrier;

d) favoriser la radiodiffusion à l'intention des Canadiens;

e) favoriser la présentation d'émissions canadiennes aux Canadiens;

f) permettre la mise au point de techniques d'information et leur application ainsi que la fourniture aux Canadiens des services qui en découlent;

g) tenir compte du fardeau administratif qu'elles sont susceptibles d'imposer aux exploitants d'entreprises de radiodiffusion.

(3) Le Conseil privilégie, dans les affaires dont il connaît, les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion en cas de conflit avec ceux prévus au paragraphe (2).

**9.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le Conseil peut, dans l'exécution de sa mission :

a) établir des catégories de licences;

b) attribuer des licences pour les périodes maximales de sept ans et aux conditions liées à la situation du titulaire qu'il estime indiquées pour la mise en œuvre de la politique canadienne de radiodiffusion, et, dans le cas de licences attribuées à la Société, lui permettant, à son avis, d'offrir la programmation visée aux alinéas 3(1)l) et m);

c) modifier les conditions d'une licence soit sur demande du titulaire, soit, plus de cinq ans après son attribution ou son renouvellement, de sa propre initiative;

d) renouveler les licences pour les périodes maximales de sept ans et aux conditions visées à l'alinéa b);

e) suspendre ou révoquer toute licence;

f) obliger les titulaires de licences à obtenir l'approbation préalable par le Conseil des contrats passés avec les exploitants de télécommunications pour la distribution — directement au public — de programmation au moyen de l'équipement de ceux-ci;

(g) require any licensee who is authorized to carry on a distribution undertaking to give priority to the carriage of broadcasting; and

(h) require any licensee who is authorized to carry on a distribution undertaking to carry, on such terms and conditions as the Commission deems appropriate, programming services specified by the Commission.

. . .

**10.** (1) The Commission may, in furtherance of its objects, make regulations

(a) respecting the proportion of time that shall be devoted to the broadcasting of Canadian programs;

(b) prescribing what constitutes a Canadian program for the purposes of this Act;

(c) respecting standards of programs and the allocation of broadcasting time for the purpose of giving effect to the broadcasting policy set out in subsection 3(1);

(d) respecting the character of advertising and the amount of broadcasting time that may be devoted to advertising;

(e) respecting the proportion of time that may be devoted to the broadcasting of programs, including advertisements or announcements, of a partisan political character and the assignment of that time on an equitable basis to political parties and candidates;

(f) prescribing the conditions for the operation of programming undertakings as part of a network and for the broadcasting of network programs, and respecting the broadcasting times to be reserved for network programs by any such undertakings;

(g) respecting the carriage of any foreign or other programming services by distribution undertakings;

(h) for resolving, by way of mediation or otherwise, any disputes arising between programming undertakings and distribution undertakings concerning the carriage of programming originated by the programming undertakings;

(i) requiring licensees to submit to the Commission such information regarding their programs and financial affairs or otherwise relating to the conduct

g) obliger les titulaires de licences d'exploitation d'entreprises de distribution à privilégier la fourniture de radiodiffusion;

h) obliger ces titulaires à offrir certains services de programmation selon les modalités qu'il précise.

. . .

**10.** (1) Dans l'exécution de sa mission, le Conseil peut, par règlement :

a) fixer la proportion du temps d'antenne à consacrer aux émissions canadiennes;

b) définir « émission canadienne » pour l'application de la présente loi;

c) fixer les normes des émissions et l'attribution du temps d'antenne pour mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion;

d) régir la nature de la publicité et le temps qui peut y être consacré;

e) fixer la proportion du temps d'antenne pouvant être consacrée à la radiodiffusion d'émissions — y compris les messages publicitaires et annonces — de nature partisane, ainsi que la répartition équitable de ce temps entre les partis politiques et les candidats;

f) fixer les conditions d'exploitation des entreprises de programmation faisant partie d'un réseau ainsi que les conditions de radiodiffusion des émissions de réseau et déterminer le temps d'antenne à réserver à celles-ci par ces entreprises;

g) régir la fourniture de services de programmation — même étrangers — par les entreprises de distribution;

h) pouvoir au règlement — notamment par la médiation — de différends concernant la fourniture de programmation et survenant entre les entreprises de programmation qui la transmettent et les entreprises de distribution;

i) préciser les renseignements que les titulaires de licences doivent lui fournir en ce qui concerne leurs émissions et leur situation financière ou, sous



and management of their affairs as the regulations may specify;

(j) respecting the audit or examination of the records and books of account of licensees by the Commission or persons acting on behalf of the Commission; and

(k) respecting such other matters as it deems necessary for the furtherance of its objects.

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

2. In this Act,

. . .

“broadcaster” means a body that, in the course of operating a broadcasting undertaking, broadcasts a communication signal in accordance with the law of the country in which the broadcasting undertaking is carried on, but excludes a body whose primary activity in relation to communication signals is their retransmission;

. . .

“communication signal” means radio waves transmitted through space without any artificial guide, for reception by the public;

. . .

“copyright” means the rights described in

- (a) section 3, in the case of a work,
- (b) sections 15 and 26, in the case of a performer’s performance,
- (c) section 18, in the case of a sound recording, or
- (d) section 21, in the case of a communication signal;

. . .

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

. . .

tout autre rapport, la conduite et la direction de leurs affaires;

j) régir la vérification et l’examen des livres de comptes et registres des titulaires de licences par le Conseil ou ses représentants;

k) prendre toute autre mesure qu’il estime nécessaire à l’exécution de sa mission.

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

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . .

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

- a) dans le cas d’une œuvre, à l’article 3;
- b) dans le cas d’une prestation, aux articles 15 et 26;
- c) dans le cas d’un enregistrement sonore, à l’article 18;
- d) dans le cas d’un signal de communication, à l’article 21.

. . .

« radiodiffuseur » Organisme qui, dans le cadre de l’exploitation d’une entreprise de radiodiffusion, émet un signal de communication en conformité avec les lois du pays où il exploite cette entreprise; est exclu de la présente définition l’organisme dont l’activité principale, liée au signal de communication, est la retransmission de celui-ci.

. . .

« signal de communication » Ondes radioélectriques diffusées dans l’espace sans guide artificiel, aux fins de réception par le public.

. . .

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

. . .

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

. . . .

and to authorize any such acts.

(1.1) A work that is communicated in the manner described in paragraph (1)(f) is fixed even if it is fixed simultaneously with its communication.

. . . .

**21.** (1) Subject to subsection (2), a broadcaster has a copyright in the communication signals that it broadcasts, consisting of the sole right to do the following in relation to the communication signal or any substantial part thereof:

- (a) to fix it,
- (b) to reproduce any fixation of it that was made without the broadcaster's consent,
- (c) to authorize another broadcaster to retransmit it to the public simultaneously with its broadcast, and
- (d) in the case of a television communication signal, to perform it in a place open to the public on payment of an entrance fee,

and to authorize any act described in paragraph (a), (b) or (d).

. . . .

**31.** (1) In this section,

“new media retransmitter” means a person whose retransmission is lawful under the *Broadcasting Act* only by reason of the *Exemption Order for New Media Broadcasting Undertakings* issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission as Appendix A to Public Notice CRTC 1999-197, as amended from time to time;

“retransmitter” means a person who performs a function comparable to that of a cable retransmission system, but does not include a new media retransmitter;

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

. . . .

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

(1.1) Dans le cadre d'une communication effectuée au titre de l'alinéa (1)f), une œuvre est fixée même si sa fixation se fait au moment de sa communication.

. . . .

**21.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), le radiodiffuseur a un droit d'auteur qui comporte le droit exclusif, à l'égard du signal de communication qu'il émet ou de toute partie importante de celui-ci :

- a) de le fixer;
- b) d'en reproduire toute fixation faite sans son autorisation;
- c) d'autoriser un autre radiodiffuseur à le retransmettre au public simultanément à son émission;
- d) d'exécuter en public un signal de communication télévisuel en un lieu accessible au public moyennant droit d'entrée.

Il a aussi le droit d'autoriser les actes visés aux alinéas a), b) et d).

. . . .

**31.** (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

. . . .

« retransmetteur » Personne, autre qu'un retransmetteur de nouveaux médias, dont l'activité est comparable à celle d'un système de retransmission par fil.

« retransmetteur de nouveaux médias » Personne dont la retransmission est légale selon les dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* uniquement en raison de l'*Ordonnance d'exemption relative aux entreprises de radiodiffusion de nouveaux médias* rendue par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications

“signal” means a signal that carries a literary, dramatic, musical or artistic work and is transmitted for free reception by the public by a terrestrial radio or terrestrial television station.

(2) It is not an infringement of copyright for a retransmitter to communicate to the public by telecommunication any literary, dramatic, musical or artistic work if

(a) the communication is a retransmission of a local or distant signal;

(b) the retransmission is lawful under the *Broadcasting Act*;

(c) the signal is retransmitted simultaneously and without alteration, except as otherwise required or permitted by or under the laws of Canada;

(d) in the case of the retransmission of a distant signal, the retransmitter has paid any royalties, and complied with any terms and conditions, fixed under this Act; and

(e) the retransmitter complies with the applicable conditions, if any, referred to in paragraph (3)(b).

(3) The Governor in Council may make regulations

(a) defining “local signal” and “distant signal” for the purposes of subsection (2); and

(b) prescribing conditions for the purposes of paragraph (2)(e), and specifying whether any such condition applies to all retransmitters or only to a class of retransmitter.

*Appeal allowed with costs throughout, DESCHAMPS, ABELLA, CROMWELL and KARAKATSANIS JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant Cogeco Cable Inc.: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the appellants Rogers Communications Inc. and TELUS Communications Company: Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.*

*Solicitors for the appellant Shaw Communications Inc.: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.*

canadiennes à l'Annexe A de son avis public 1999-197, tel que modifié de temps à autre.

« signal » Tout signal porteur d'une œuvre transmis à titre gratuit au public par une station terrestre de radio ou de télévision.

(2) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour le retransmetteur, de communiquer une œuvre au public par télécommunication si, à la fois :

a) la communication consiste en la retransmission d'un signal local ou éloigné, selon le cas;

b) la retransmission est licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*;

c) le signal est retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, simultanément et sans modification;

d) dans le cas de la retransmission d'un signal éloigné, le retransmetteur a acquitté les redevances et respecté les modalités fixées sous le régime de la présente loi;

e) le retransmetteur respecte les conditions applicables, le cas échéant, visées à l'alinéa (3)b).

(3) Le gouverneur en conseil peut, par règlement :

a) définir « signal local » et « signal éloigné » pour l'application du paragraphe (2);

b) fixer des conditions pour l'application de l'alinéa (2)e) et, le cas échéant, prévoir si elles s'appliquent à l'ensemble des retransmetteurs ou à une catégorie de ceux-ci.

*Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours, les juges DESCHAMPS, ABELLA, CROMWELL et KARAKATSANIS sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante Cogeco Câble Inc. : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs des appelantes Rogers Communications Inc. et TELUS Communications Company : Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.*

*Procureurs de l'appelante Shaw Communications Inc. : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Bell Media Inc. (formerly CTV Globemedia Inc.), V Interactions Inc. and Newfoundland Broadcasting Co. Ltd.: Goodmans, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Canwest Television Limited Partnership: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Solicitors for the intervener: Canadian Radiotelevision and Telecommunications Commission, Gatineau.*

*Procureurs des intimées Bell Media Inc. (auparavant CTV Globemedia Inc.), V Interactions Inc. et Newfoundland Broadcasting Co. Ltd.: Goodmans, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Canwest Television Limited Partnership : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant : Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Gatineau.*

**Mohammad Momin Khawaja** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval, Canadian Civil Liberties Association and British Columbia Civil Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. KHAWAJA**

**2012 SCC 69**

File No.: 34103.

2012: June 11; 2012: December 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Accused convicted of terrorism offences under Part II.1 of Criminal Code — Whether provisions, in purpose or effect, violate right to free expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.01(1)(b)(i)(A).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Terrorism offences — Provision criminalizing participation in or contribution to activities of terrorist group — Whether provision broader than necessary to achieve purpose or whether provision's impact disproportionate — Whether provision contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.18.*

*Criminal law — Appeals — Terrorism offences — Trial fairness — Trial judge finding that clause defining terrorist activity as being for political, religious or ideological purpose unconstitutional — Court of Appeal*

**Mohammad Momin Khawaja** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario, Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval, Association canadienne des libertés civiles et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. KHAWAJA**

**2012 CSC 69**

N° du greffe : 34103.

2012 : 11 juin; 2012 : 14 décembre.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Accusé déclaré coupable d'infractions de terrorisme sous le régime de la partie II.1 du Code criminel — L'objectif ou l'effet des dispositions porte-t-il atteinte au droit à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.01(1)(b)(i)(A).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Infractions de terrorisme — Disposition criminalisant la participation ou la contribution à une activité d'un groupe terroriste — La disposition a-t-elle une portée plus grande que nécessaire pour réaliser l'objectif sous-jacent ou a-t-elle une incidence disproportionnée? — La disposition va-t-elle à l'encontre des principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.18.*

*Droit criminel — Appels — Infractions de terrorisme — Équité du procès — Juge du procès ayant conclu à l'inconstitutionnalité de la disposition suivant laquelle est terroriste l'activité qui est menée au nom d'un but*

*overturning decision on constitutionality but upholding convictions — Whether Court of Appeal erred in applying curative proviso — Whether convictions unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 83.01(1)(b)(i)(A), 686(1)(b)(iii).*

*National security — Terrorism — Sentencing — Totality principle — Accused guilty of terrorism offences sentenced by trial judge to 10 and a half years of imprisonment, with parole eligibility set at 5 years — Court of Appeal substituting sentence of life imprisonment coupled with 24 years of consecutive sentences, with parole eligibility set at 10 years — Whether Court of Appeal erred in overturning sentence.*

After becoming obsessed with Osama Bin Laden and his cause, K communicated with an American who eventually pled guilty to providing material support or resources to Al Qaeda and with the leader of a terrorist cell based in London, England, who was convicted along with several co-conspirators of a plot to bomb targets in the U.K. and elsewhere in Europe. K repeatedly offered them support, provided funds, designed a remote arming device and recruited a woman to facilitate transfers of money. He travelled to Pakistan and attended a small arms training camp, and proposed that a supporter of the terrorist cell be sent to Israel on a suicide mission.

K was charged with seven offences under the Terrorism section of the *Criminal Code* (Part II.1). He brought a preliminary motion seeking a declaration that several provisions are unconstitutional. The motion judge held that s. 83.01(1)(b)(i)(A), which provides that a terrorist activity must be an act or omission committed in whole or in part “for a political, religious or ideological purpose, objective or cause” (the “motive clause”), was a *prima facie* infringement of s. 2(a), (b) and (d) of the *Charter* that could not be justified under s. 1, and accordingly severed the clause from s. 83.01(1). At trial, since two of the offences — wanting to cause an explosion with specified consequences at the behest of a terrorist group and possessing an explosive substance with the intent of enabling a terrorist group to endanger others — required knowledge of the U.K. group’s bomb plot, which the Crown had failed to establish beyond a reasonable doubt, the trial judge found K guilty of lesser included offences (working on the development of a detonator and keeping an explosive substance). He also convicted K on five

*de nature politique, religieuse ou idéologique — Infirmer cette conclusion par la Cour d’appel, mais confirmation par elle des déclarations de culpabilité — La Cour d’appel a-t-elle eu tort d’appliquer la disposition réparatrice? — Les déclarations de culpabilité sont-elles déraisonnables? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.01(1)(b)(i)(A), 686(1)(b)(iii).*

*Sécurité nationale — Terrorisme — Détermination de la peine — Principe de totalité — Accusé déclaré coupable d’infractions de terrorisme et condamné par le juge du procès à 10 ans et demi d’emprisonnement, sans possibilité de libération conditionnelle avant 5 ans — Substitution par la Cour d’appel d’une peine d’emprisonnement à perpétuité et de peines consécutives totalisant 24 ans d’emprisonnement, sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans — La Cour d’appel a-t-elle eu tort d’annuler la peine infligée en première instance?*

Devenu obsédé par Oussama ben Laden et ses préceptes, K a communiqué avec un Américain qui a reconnu par la suite sa culpabilité à des accusations d’appui matériel ou financier à Al-Qaïda et avec le dirigeant d’une cellule terroriste basée à Londres (Royaume-Uni) qui, de pair avec d’autres personnes, a été déclaré coupable de complot en vue de commettre des attentats à la bombe au R.-U. et ailleurs en Europe. K leur a maintes fois offert son aide, leur a versé de l’argent, a conçu un détonateur à distance et a recruté une femme pour faciliter les transferts de fonds. Il s’est rendu au Pakistan, a participé à un camp d’entraînement au maniement d’armes légères et a proposé de confier à un partisan de la cellule une mission suicide en Israël.

Sept accusations ont été portées contre K en application des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel* (partie II.1). Il a présenté une requête préliminaire pour faire déclarer inconstitutionnelles certaines des dispositions. Le juge des requêtes a estimé que la div. 83.01(1)(b)(i)(A), qui prévoit qu’une activité terroriste est une action ou une omission commise au nom — exclusivement ou non — « d’un but, d’un objectif ou d’une cause de nature politique, religieuse ou idéologique » (la « disposition relative au mobile »), portait atteinte *prima facie* aux droits reconnus aux al. 2(a), (b) et (d) de la *Charte* et que cette atteinte ne pouvait être justifiée au regard de l’article premier. Il a donc retranché la disposition du par. 83.01(1). Au procès, comme deux des infractions (avoir eu l’intention de causer une explosion aux conséquences déterminées sur l’ordre d’un groupe terroriste et avoir eu en sa possession une substance explosive dans le but de permettre à un groupe terroriste de mettre autrui en danger) exigeaient la preuve de la connaissance du complot d’attentat à la bombe fomenté par la cellule du R.-U., une preuve

counts which engage ss. 83.03 (providing or making available property or services for terrorist purposes), 83.18 (participating in or contributing to the activity of a terrorist group), 83.19 (facilitating a terrorist activity) and 83.21 (instructing people to carry out an activity for a terrorist group). The judge sentenced K to 10 and a half years in a penitentiary, gave no credit for time served on the basis that that would be incompatible with a denunciatory sentence, and set parole eligibility at 5 years to reflect the absence of any evidence of remorse, willingness to make amends or commitment to future compliance with Canada's laws and values. The Court of Appeal held that the motive clause was not unconstitutional and should not have been severed, but dismissed the conviction appeal, applying the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. It dismissed K's appeal from the sentences, but allowed the Crown's cross-appeal and substituted a sentence of life imprisonment on the conviction for building a detonator to cause a deadly explosion. Emphasizing the seriousness of the conduct, it substituted a total of 24 years of consecutive sentences for the remaining counts, to be served concurrently with the life sentence, and set parole eligibility at 10 years instead of 5.

*Held:* The appeal should be dismissed.

#### *Constitutionality of the Provisions*

K challenges the constitutionality of the legislation on the ground that the motive clause would produce a chilling effect on the expression of beliefs and opinions and thus violates s. 2 of the *Charter*. In their companion appeals (*Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609), S and N also claim that the legislation's purpose violates s. 2 of the *Charter*. They also challenge the constitutionality of s. 83.18 for overbreadth, under s. 7 of the *Charter*. For convenience, all these constitutional claims are considered in this appeal.

Section 83.18 does not violate s. 7 of the *Charter*. A purposive interpretation of the *actus reus* and *mens rea* requirements of s. 83.18 excludes convictions (i) for innocent or socially useful conduct that is undertaken

que le ministère public n'a pas faite hors de tout doute raisonnable, le juge a déclaré K coupable d'infractions incluses moins graves (avoir travaillé à la conception d'un détonateur et avoir eu en sa possession une substance explosive). Il a par ailleurs déclaré K coupable de cinq chefs qui font intervenir les art. 83.03 (fournir ou rendre disponibles des biens ou des services à des fins terroristes), 83.18 (participer à une activité d'un groupe terroriste ou y contribuer), 83.19 (faciliter une activité terroriste) et 83.21 (charger une personne de se livrer à une activité pour un groupe terroriste). Il a condamné K à 10 ans et demi d'emprisonnement sans retrancher la durée de la détention avant procès afin de ne pas contrevenir au principe de l'exemplarité de la peine, et il a fixé à 5 ans la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle vu l'absence d'élément de preuve selon lequel l'appelant avait des remords, désirait s'amender ou s'engageait à respecter désormais les lois et les valeurs canadiennes. La Cour d'appel a statué que la disposition relative au mobile est constitutionnelle et qu'elle n'aurait pas dû être retranchée, mais elle a rejeté l'appel formé par K contre sa déclaration de culpabilité, en application de la disposition réparatrice du *Code criminel*, le sous-al. 686(1)(b)(iii). Elle a rejeté l'appel à l'encontre des peines interjeté par K, mais accueilli l'appel incident du ministère public et substitué l'emprisonnement à perpétuité à la peine infligée pour la fabrication d'un détonateur en vue de causer une explosion meurtrière. Soulignant la gravité des actes, elle a infligé pour les autres chefs des peines consécutives totalisant 24 ans d'emprisonnement devant être purgées concurremment avec l'emprisonnement à vie et elle a fixé à 10 ans plutôt qu'à 5 la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

#### *Constitutionnalité des dispositions*

K conteste la constitutionnalité de la loi au motif que la disposition relative au mobile a un effet paralysant sur l'expression des croyances et des opinions et va de ce fait à l'encontre de l'art. 2 de la *Charte*. Dans leurs pourvois connexes (*Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609), S et N prétendent également que l'objectif de la loi est contraire à l'art. 2 de la *Charte*. Ils allèguent également l'inconstitutionnalité de l'art. 83.18 au motif que sa portée est excessive contrairement à l'art. 7 de la *Charte*. Par souci d'ordre pratique, toutes les allégations d'inconstitutionnalité sont analysées dans le présent pourvoi.

L'article 83.18 ne porte pas atteinte au droit garanti à l'art. 7 de la *Charte*. Suivant une interprétation téléologique de l'*actus reus* et de la *mens rea* exigés à l'art. 83.18, il ne peut y avoir déclaration de

absent any intent to enhance the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity, and (ii) for conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The legitimate purpose of the Terrorism section of the *Criminal Code* is to provide means by which terrorism may be prosecuted and prevented. This purpose commands a high *mens rea* threshold. To convict under s. 83.18, a judge must be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused specifically intended to enhance the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. There may be direct evidence of this intention. Or the intention may be inferred from evidence of the knowledge of the accused and the nature of his actions. The use of the words “for the purpose of” in s. 83.18 requires a subjective purpose of enhancing the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The accused must specifically intend his actions to have this general effect. Further, the *actus reus* of s. 83.18 does not capture conduct that discloses, at most, a negligible risk of enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The scope of the provision excludes conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The determination of whether a reasonable person would view conduct as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity hinges on the nature of the conduct and the relevant circumstances. When the tailored reach of s. 83.18 is weighed against the objective of the law, it cannot be said that the selected means are broader than necessary or that the impact of the section is disproportionate.

The purpose of the law does not infringe freedom of expression. While the activities targeted by the Terrorism section of the *Criminal Code* are in a sense expressive activities, most of the conduct caught by the provisions concerns acts or threats of violence. Threats of violence, like acts of violence, are excluded from the scope of the s. 2(b) guarantee. Moreover, the particular nature of the conduct enumerated in s. 83.01(1)(b)(ii)(A), (B), (C) and (D) justifies treating counselling, conspiracy or being an accessory after the fact to that conduct as being intimately connected to violence — and to the danger to Canadian society that such violence represents. As such, the conduct falls outside the protection of s. 2(b) of the *Charter*. However, it is not necessary to decide whether counselling, conspiracy or being an accessory after the fact fall outside

culpabilité (i) pour un acte innocent ou socialement utile accompli sans intention d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter, ni (ii) pour un acte qu'une personne raisonnable ne tiendrait pas pour susceptible d'accroître sensiblement cette capacité. L'objet légitime des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel* est d'offrir des moyens de prévenir les actes de terrorisme et de punir leurs auteurs. Étant donné cet objet, la perpétration de l'infraction exige un degré élevé de *mens rea*. Avant de déclarer une personne coupable de l'infraction prévue à l'art. 83.18, le juge doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention spécifique d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. L'intention se démontre par preuve directe ou s'infère de la preuve de ce que savait l'accusé et de la nature de ses actes. L'emploi des mots « dans le but » à l'art. 83.18 exige d'établir une intention subjective d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. Il faut prouver que l'accusé entendait précisément que ses actes aient un tel effet général. De plus, le comportement qui présente au plus un risque négligeable d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter ne correspond pas à l'*actus reus* de l'infraction prévue à l'art. 83.18. La portée de la disposition exclut le comportement qui, pour une personne raisonnable, ne serait pas susceptible d'accroître sensiblement la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. L'issue d'une telle appréciation fondée sur l'optique d'une personne raisonnable dépend de la nature du comportement et des circonstances en cause. Lorsque l'on pondère la portée ainsi circonscrite de la disposition et l'objectif de celle-ci, on ne peut pas conclure que le moyen retenu par le législateur a une portée excessive ou une incidence disproportionnée.

L'objectif de la loi ne porte pas atteinte à la liberté d'expression. Bien que les actes visés par les dispositions sur le terrorisme du *Code criminel* soient en quelque sorte des activités expressives, la plupart des actes qui tombent sous le coup des dispositions constituent des actes de violence ou des menaces de violence. Comme l'acte de violence, la menace de violence ne bénéficie pas de la garantie prévue à l'al. 2b). Qui plus est, la nature particulière des actes énumérés aux div. 83.01(1)(b)(ii)(A), (B), (C) et (D) justifie que l'on tienne l'encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait pour des actes étroitement liés à la violence ainsi qu'au danger que présente cette violence pour la société canadienne, de sorte qu'aucun n'est protégé par l'al. 2b) de la *Charte*. Cependant, point n'est besoin de décider de manière générale si



the s. 2(b) guarantee as a general matter. Read as a whole and purposively, s. 83.01(1)(b)(ii)(E), which is directed to acts that intentionally interfere with essential infrastructure without which life may be seriously disrupted and public health threatened, is also confined to the realm of acts and threats of violence. However, it cannot be ruled out that s. 83.01(1)(b)(ii)(E) might in some future case be found to capture protected activity. In such a case, the issue would be whether the incursion on free expression is justified under s. 1 of the *Charter*.

In this case, it is impossible to infer, without evidence, that the motive clause (s. 83.01(1)(b)(i)(A)) will have a chilling effect on the exercise of s. 2 freedoms. The impugned provision is clearly drafted in a manner respectful of diversity, as it allows for the non-violent expression of political, religious or ideological views (s. 83.01(1.1)).

*Application of the Provisions in This Appeal and Sentencing*

The re-insertion of the motive clause by the Court of Appeal did not make K's trial and convictions unfair. The trial judge made a specific finding that the motive component of the definition of terrorist activity had been proved beyond a reasonable doubt, which suffices to fully support the motive requirement of the convictions. Also, the evidence of motive, and K's knowledge that the motive was shared by him and the terrorist cell, was overwhelming and essentially undisputed. There is no air of reality to K's statement that he could have, or would have, testified to raise a reasonable doubt on motive, had the clause not been struck. In essence, no prejudice flowed from the re-insertion of an essential element of the offence on appeal.

The uncontradicted evidence before the trial judge established beyond a reasonable doubt that K's conduct did not fall within the armed conflict exception in s. 83.01(1) *in fine*, which provides that terrorist activity does not include acts or omissions committed during an armed conflict in accordance with international law. The Crown bears the burden of proving beyond a reasonable doubt that the acts alleged against an accused fall within the definition of terrorist activity, and any reasonable doubt must be resolved in the accused's favour. However, since the armed conflict exception

l'encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait sont visés par l'inapplication du droit à la liberté garanti par l'al. 2b) de la *Charte*. Interprétée globalement et téléologiquement, la div. 83.01(1)(b)(ii)(E), qui a dans sa mire la personne qui perturbe intentionnellement des infrastructures indispensables et sans lesquelles la vie peut être gravement bouleversée et la santé publique menacée, ne vise elle aussi que les actes de violence et les menaces de violence. On ne peut toutefois pas exclure la possibilité que, dans une affaire ultérieure, on arrive à la conclusion que la div. 83.01(1)(b)(ii)(E) réprime une activité protégée. Il s'agira alors de déterminer si la restriction de la liberté d'expression est justifiée suivant l'article premier de la *Charte*.

En l'espèce, sans éléments de preuve, il est impossible d'inférer que la disposition relative au mobile (la div. 83.01(1)(b)(i)(A)) a un effet paralysant sur l'exercice des libertés garanties à l'art. 2. Le libellé de la disposition contestée respecte clairement la diversité en ce qu'il permet l'expression pacifique d'opinions de nature politique, religieuse ou idéologique (par. 83.01(1.1)).

*Application des dispositions en l'espèce et détermination de la peine*

Le rétablissement par la Cour d'appel de la disposition relative au mobile n'a pas rendu inéquitable le procès de K et les déclarations de culpabilité dont il a fait l'objet. Le juge du procès conclut précisément que le volet de la définition d'activité terroriste qui correspond au mobile est prouvé hors de tout doute raisonnable, ce qui étaye suffisamment cet élément des infractions pour lesquelles il y a déclaration de culpabilité. Qui plus est, la preuve du mobile et du fait que K savait que les membres de la cellule terroriste et lui partageaient ce mobile était accablante et non contestée pour l'essentiel. L'affirmation de K selon laquelle il aurait témoigné — ou il aurait pu le faire — afin de soulever un doute raisonnable quant au mobile si la disposition n'avait pas été invalidée n'a pas de vraisemblance. En somme, le rétablissement en appel d'un élément essentiel de l'infraction n'a causé aucun préjudice en l'espèce.

La preuve non contredite dont disposait le juge du procès établit hors de tout doute raisonnable l'application à K de l'exception du conflit armé prévue *in fine* la définition d'« activité terroriste » au par. 83.01(1), qui dispose que l'activité terroriste ne s'entend pas de l'action ou de l'omission commise au cours d'un conflit armé et conforme au droit international. Il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que les actes reprochés à l'accusé correspondent à la définition d'activité terroriste, et tout doute raisonnable joue en faveur de l'accusé. Toutefois, comme

functions as a defence, the accused must raise it and make a *prima facie* case that it applies. Here K could not do so, as there was no evidential foundation to support its applicability. The trial judge expressly found that K knew that the terrorist group's activities extended beyond the armed conflict in Afghanistan and that he supported the terrorist objectives, and the evidence is overwhelmingly contrary to the proposition that K's acts were part of an armed conflict governed by international law. There is no air of reality to the suggestion that K believed that the group intended to act in compliance with international law, or that he cared if it did.

There is no merit to K's submissions that the convictions are unreasonable. However, the trial judge made critical errors in sentencing. He effectively devalued the seriousness of the appellant's conduct in a way that was inconsistent with the evidence, and failed to give adequate weight to the ongoing danger K posed to society. While the weight to be given to rehabilitation in a given case is best left to the reasoned discretion of trial judges on a case-by-case basis, here the absence of evidence on rehabilitation prospects justified a stiffer sentence than otherwise might have been appropriate. Finally, the heightened gravity of the terrorism offences at issue in this case was sufficient to justify imposition of consecutive sentences running over 20 years, without violating the totality principle. The general principles of sentencing, including the totality principle, apply to terrorism offences.

### Cases Cited

**Considered:** *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; **distinguished:** *R. v. Déry*, 2006 SCC 53, [2006] 2 S.C.R. 669; **referred to:** *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *United States of America v. Nadarajah (No. 1)*, 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *R. v. Ahmad* (2009), 257 C.C.C. (3d) 199; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,

l'exception du conflit armé offre un moyen de défense, l'accusé doit la faire valoir et prouver son application *prima facie*. En l'espèce, K ne pouvait s'acquitter de cette obligation, car aucune preuve n'était l'applicabilité de l'exception. Le juge du procès conclut expressément que K savait que les activités terroristes du groupe débordaient le cadre du conflit armé sévissant en Afghanistan et qu'il partageait les visées terroristes du groupe. De solides éléments de preuve réfutent la thèse que les actes de K s'inscrivaient dans le cadre d'un conflit armé régi par le droit international. Il est invraisemblable que K ait cru que le groupe comptait respecter le droit international ou qu'il s'en soit soucié.

Les prétentions de K selon lesquelles les déclarations de culpabilité sont déraisonnables sont infondées. Cependant, le juge du procès commet de graves erreurs dans la détermination de la sanction qui s'impose. Il minimise bel et bien, malgré la preuve, la gravité des actes de l'appelant et ne tient pas dûment compte du danger que l'appelant présente toujours pour la société. S'il vaut mieux laisser au juge du procès le soin de décider dans chaque cas de l'importance qu'il convient d'accorder à la réinsertion sociale, en l'espèce, l'absence de données sur les possibilités de réinsertion sociale justifie une peine plus sévère que celle qui aurait convenu autrement. Enfin, l'extrême gravité des infractions de terrorisme en cause dans la présente affaire justifie des peines consécutives totalisant plus de 20 ans d'emprisonnement, et ce, sans entorse au principe de totalité. Les principes généraux de la détermination de la peine, dont celui de la totalité, valent pour les infractions de terrorisme.

### Jurisprudence

**Arrêts examinés:** *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Déry*, 2006 CSC 53, [2006] 2 R.C.S. 669; **arrêts mentionnés:** *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *United States of America c. Nadarajah (No. 1)*, 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *R. c. Ahmad* (2009), 257 C.C.C. (3d) 199; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC

2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Downey*, 2010 ONSC 1531 (CanLII); *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500.

### Statutes and Regulations Cited

*Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2, 7.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, Part II.1, ss. 83.01(1) “terrorist activity”, “terrorist group”, (1.1), 83.02, 83.03, 83.04, 83.05, 83.18, 83.19, 83.2, 83.21, 83.23, 83.26, 686(1)(b)(iii), 718(c), 718.2, 719.

### Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 95, 1st Sess., 37th Parl., October 16, 2001, p. 6165.  
 Davis, Kevin E. “Cutting off the Flow of Funds to Terrorists: Whose Funds? Which Funds? Who Decides?”, in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*. Toronto: University of Toronto Press, 2001, 299.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2011, release 1).  
 Parent, Hugues, et Julie Desrosiers. *Traité de droit criminel*, t. 3, *La peine*. Montréal: Thémis, 2012.  
 Roach, Kent. “Terrorism Offences and the Charter: A Comment on *R. v. Khawaja*” (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 271.  
 Roach, Kent. “The New Terrorism Offences and the Criminal Law”, in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*. Toronto: University of Toronto Press, 2001, 151.  
 United Nations. Security Council. U.N. Doc. S/RES/1373, September 28, 2001.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Moldaver and Cronk JJ.A.), 2010 ONCA 862, 103 O.R. (3d) 321, 271 O.A.C. 238, 273 C.C.C. (3d) 415, 82 C.R. (6th) 122, [2010] O.J. No. 5471 (QL), 2010 CarswellOnt 9672, overturning a constitutional ruling by Rutherford J. (2006), 214 C.C.C. (3d) 399, 42 C.R. (6th) 348, 147 C.R.R. (2d) 281, 2006 CanLII 63685, [2006] O.J. No. 4245 (QL), 2006 CarswellOnt 6551, affirming convictions entered by Rutherford J. (2008),

31, [2009] 2 R.C.S. 295; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Downey*, 2010 ONSC 1531 (CanLII); *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2, 7.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, partie II.1, art. 83.01(1) « activité terroriste », « groupe terroriste », (1.1), 83.02, 83.03, 83.04, 83.05, 83.18, 83.19, 83.2, 83.21, 83.23, 83.26, 686(1)(b)(iii), 718(c), 718.2, 719.  
*Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41.

### Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, n<sup>o</sup> 95, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 16 octobre 2001, p. 6165.  
 Davis, Kevin E. « Cutting off the Flow of Funds to Terrorists : Whose Funds? Which Funds? Who Decides? », in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom : Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*. Toronto : University of Toronto Press, 2001, 299.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supp. Toronto : Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2011, release 1).  
 Nations Unies. Conseil de sécurité. N.U. Doc. S/RES/1373, 28 septembre 2001.  
 Parent, Hugues, et Julie Desrosiers. *Traité de droit criminel*, t. 3, *La peine*. Montréal : Thémis, 2012.  
 Roach, Kent. « Terrorism Offences and the Charter : A Comment on *R. v. Khawaja* » (2007), 11 *R.C.D.P.* 271.  
 Roach, Kent. « The New Terrorism Offences and the Criminal Law », in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom : Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*. Toronto : University of Toronto Press, 2001, 151.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Moldaver et Cronk), 2010 ONCA 862, 103 O.R. (3d) 321, 271 O.A.C. 238, 273 C.C.C. (3d) 415, 82 C.R. (6th) 122, [2010] O.J. No. 5471 (QL), 2010 CarswellOnt 9672, qui a annulé une décision du juge Rutherford en matière constitutionnelle (2006), 214 C.C.C. (3d) 399, 42 C.R. (6th) 348, 147 C.R.R. (2d) 281, 2006 CanLII 63685, [2006] O.J. No. 4245 (QL), 2006 CarswellOnt 6551, qui a confirmé les déclarations de

238 C.C.C. (3d) 114, [2008] O.J. No. 4244 (QL), 2008 CarswellOnt 6364, and varying sentences imposed by Rutherford J. (2009), 248 C.C.C. (3d) 233, [2009] O.J. No. 4279 (QL), 2009 CarswellOnt 6322. Appeal dismissed.

*Lawrence Greenspon and Eric Granger*, for the appellant.

*Croft Michaelson and Ian Bell*, for the respondent.

*Michael Bernstein*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Yan Paquette and Louis-Philippe Lampron*, for the intervener Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval.

*Anil K. Kapoor and Lindsay L. Daviau*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Kent Roach and Michael Fenrick*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Introduction

[1] The appellant, Mohammad Momin Khawaja, was convicted of five offences under Part II.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, the Terrorism section. He faces a life sentence and a concurrent sentence of 24 years of imprisonment, with a 10-year period of parole ineligibility. He appeals on a variety of grounds, which may be summarized as follows: (1) that the provisions in Part II.1 of the *Criminal Code* under which he was convicted violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and are unconstitutional; (2) that the provisions were misapplied or misinterpreted, resulting in an

culpabilité inscrites par le juge Rutherford (2008), 238 C.C.C. (3d) 114, [2008] O.J. No. 4244 (QL), 2008 CarswellOnt 6364, et qui a modifié les peines infligées par le juge Rutherford (2009), 248 C.C.C. (3d) 233, [2009] O.J. No. 4279 (QL), 2009 CarswellOnt 6322. Pourvoi rejeté.

*Lawrence Greenspon et Eric Granger*, pour l'appelant.

*Croft Michaelson et Ian Bell*, pour l'intimée.

*Michael Bernstein*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Yan Paquette et Louis-Philippe Lampron*, pour l'intervenant le Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval.

*Anil K. Kapoor et Lindsay L. Daviau*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Kent Roach et Michael Fenrick*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

## I. Introduction

[1] L'appelant, Mohammad Momin Khawaja, a été déclaré coupable de cinq infractions sous le régime de la partie II.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (les dispositions sur le terrorisme) (« Loi »). Il a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité et, concurrentement, à 24 ans d'emprisonnement sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans. Il se pourvoit devant la Cour en invoquant différents moyens qui peuvent être résumés comme suit : (1) les dispositions de la partie II.1 du *Code criminel* en application desquelles il a été déclaré coupable vont à l'encontre

unfair trial or an unreasonable verdict; and (3) that the Ontario Court of Appeal erred in imposing his sentence.

[2] For the reasons that follow, I would reject each of the contentions of the appellant. The issues in this appeal overlap with some of the issues in the companion appeals of Sriskandarajah and Nadarajah (*Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609). For convenience, I will consider all the constitutional issues in these reasons.

## II. The Evidence

[3] The facts underlying the offences were largely undisputed. Voluminous email correspondence attested in graphic detail to the appellant's ideological commitment to violent "jihad" and to his acts in Canada and elsewhere to further jihad-inspired terrorist activities.

[4] While living with his siblings in Canada, the appellant became obsessed with Osama Bin Laden and his cause. The appellant began communicating with other people committed to violence in the name of Islam, some of whom he referred to as "the bros". He entered into covert email correspondence with Junaid Babar, an American of Pakistani descent who eventually pled guilty in New York City to five counts of providing material support or resources to Al Qaeda. He also communicated extensively with Omar Khyam, the leader of a terrorist cell based in London, England, who was convicted along with several co-conspirators of a plot to bomb targets in the U.K. and elsewhere in Europe.

[5] The appellant repeatedly offered Khyam and Babar support. He gave Khyam money for an explosives operation in the United Kingdom or elsewhere in Europe. He gave Babar cash, supplies

de la *Charte canadienne des droits et libertés* et sont inconstitutionnelles; (2) elles ont été mal appliquées ou mal interprétées, ce qui a donné lieu à un procès inéquitable ou à un verdict déraisonnable; (3) la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur dans la détermination de la peine.

[2] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter chacune des prétentions de l'appellant. Les questions en litige dans la présente affaire recourent celles des pourvois connexes Sriskandarajah et Nadarajah (*Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609). Par souci pratique, j'examine ci-après toutes les questions constitutionnelles que soulèvent ces affaires.

## II. La preuve

[3] Les faits correspondant aux infractions ne sont pas contestés pour l'essentiel. Une volumineuse correspondance électronique atteste sans équivoque l'adhésion idéologique de l'appellant au « jihad » armé et aux activités menées en son nom au Canada et ailleurs dans le monde afin de promouvoir le terrorisme d'inspiration jihadiste.

[4] L'appellant vivait au Canada avec ses frères et sa sœur lorsqu'il est devenu obsédé par Oussama ben Laden et ses préceptes. Il a commencé à communiquer avec d'autres partisans de la violence exercée au nom de l'Islam. Il appelait certains de ses interlocuteurs ses « frères ». Il a correspondu clandestinement par courriel avec Junaid Babar, un Américain de descendance pakistanaise qui a reconnu par la suite à New York sa culpabilité à cinq chefs d'accusation d'appui matériel ou financier à Al-Qaïda. Il a également eu une correspondance soutenue avec le dirigeant d'une cellule terroriste basée à Londres, au Royaume-Uni (le « R.-U. »), Omar Khyam. Ce dernier et d'autres personnes ont été déclarés coupables de complot en vue de commettre des attentats à la bombe au R.-U. et ailleurs en Europe.

[5] L'appellant a maintes fois offert son aide à Khyam et à Babar. Il a versé de l'argent à Khyam pour financer un attentat à la bombe au R.-U. ou ailleurs en Europe. Il a remis à Babar de l'argent

and SIM cards so that Babar could contact Khyam when transporting detonators to Europe. He provided funds to support Babar, Khyam and “the bros” in their jihadist efforts. He designed a remote arming device for explosives that he referred to as the “hifidigimonster”, and offered to smuggle it into the U.K. and train the U.K. cell on its use. He recruited a woman in Ottawa to facilitate transfers of money. He also offered to procure night goggles for use by the group.

[6] The appellant travelled to Pakistan alone and with Khyam, and attended Babar’s small arms training camp. He made his parents’ home in Pakistan available to the “bros”. He suggested members of the U.K. group travel to Canada for weapons training. He also proposed to Khyam via email that a supporter of the Khyam group be sent to Israel on a suicide mission.

[7] On March 29, 2004, the RCMP arrested the appellant and searched his house in Orleans, Ottawa. They seized the “hifidigimonster”, electronic components and devices, parts suitable for constructing more remote arming devices, documents corroborating the assembly process for the device, instructional literature and tools, military calibre rifles and ammunition, other weapons, hard drives, \$10,300 in one-hundred dollar bills, military books and jihad-related books. No blasting caps, other detonators or explosives components were discovered.

### III. Judicial History

[8] By direct indictment, the appellant was charged with seven offences under the Terrorism section of the *Criminal Code*. The appellant brought a preliminary constitutional motion (allowed in part) and a motion for a directed verdict of acquittal (dismissed). He elected to be tried by judge

liquide, du matériel et des cartes SIM devant permettre à Babar de communiquer avec Khyam pendant le transport de détonateurs vers l’Europe. Il a en outre fourni des fonds pour appuyer les activités jihadistes de Babar, de Khyam et de ses « frères ». Il a conçu un détonateur à distance qu’il a nommé le « hifidigimonster », puis a offert de le faire entrer clandestinement au R.-U. et d’en apprendre le maniement aux membres de la cellule britannique. Il a recruté une femme à Ottawa pour faciliter les transferts de fonds. Il a également offert de se procurer des lunettes de vision nocturne dont pourraient se servir les membres du groupe.

[6] L’appelant s’est rendu au Pakistan, à l’occasion seul, parfois avec Khyam, et il a participé à un camp d’entraînement au maniement d’armes légères organisé par Babar. Il a mis à la disposition de ses « frères » la résidence de ses parents au Pakistan. Il a proposé que les membres de la cellule du R.-U. se rendent au Canada afin de s’y entraîner au maniement d’armes. Dans un courriel, il a aussi proposé à Khyam de confier à un partisan de sa cellule une mission suicide en Israël.

[7] Le 29 mars 2004, la GRC a arrêté l’appelant et soumis à une perquisition sa maison située à Ottawa, dans le secteur Orléans. Elle a saisi le « hifidigimonster », des composants et dispositifs électroniques, des pièces permettant de fabriquer d’autres détonateurs à distance, des documents expliquant le processus d’assemblage du dispositif, du matériel d’instruction, des armes, y compris des fusils et des munitions de calibre militaire, des disques durs, la somme de 10 300 \$ en billets de cent dollars, des livres sur l’armée et sur le jihad. Nulle capsule détonante ou autre forme de détonateur, ni aucun composant explosif n’ont été découverts.

### III. L’historique judiciaire

[8] Par voie de mise en accusation directe, sept accusations ont été portées contre l’appelant en application des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel*. L’appelant a présenté une requête préliminaire de nature constitutionnelle (accueillie en partie) et une requête sollicitant un verdict imposé

alone, and was convicted on five counts and found guilty of two included offences.

A. *The Pre-trial Charter Challenge (2006)*, 214 C.C.C. (3d) 399

[9] Prior to trial, the appellant sought a declaration that several terrorism provisions of the *Criminal Code* (ss. 83.01(1), 83.03(a), 83.18, 83.18(1), 83.18(3)(a), 83.19, 83.2 and 83.21(1)) are unconstitutional. The motion judge found that the impugned provisions are neither unconstitutionally vague nor overbroad.

[10] However, the motion judge held that s. 83.01(1)(b)(i)(A), which provides that a terrorist activity must be an act or omission committed in whole or in part “for a political, religious or ideological purpose, objective or cause” was a *prima facie* infringement of s. 2(a), (b) and (d) of the *Charter*. He found that the effect of this “motive clause” would be “to focus investigative and prosecutorial scrutiny on the political, religious and ideological beliefs, opinions and expressions of persons and groups”, which in turn would produce a chilling effect on the expression of beliefs and opinions (para. 58). He found that the infringement could not be justified under s. 1 and accordingly severed the motive clause from s. 83.01(1).

B. *The Trial (2008)*, 238 C.C.C. (3d) 114

[11] The trial proceeded on the basis that the motive clause was severed from the legislation. The trial judge found the appellant guilty of seven offences.

[12] The trial judge held that the first two counts (wanting to cause an explosion with specified consequences at the behest of a terrorist group and possessing an explosive substance with the intent of enabling a terrorist group to endanger others) required knowledge of the U.K. group’s bomb plot, which the Crown failed to establish beyond a reasonable doubt. Since defence counsel

d’acquiescement (rejetée). Après avoir opté pour un procès devant juge seul, il a été déclaré coupable de cinq accusations et de deux infractions incluses.

A. *La contestation constitutionnelle préalable (2006)*, 214 C.C.C. (3d) 399

[9] Avant son procès, l’appelant a demandé au tribunal de déclarer inconstitutionnelles certaines des dispositions du *Code criminel* portant sur le terrorisme (par. 83.01(1), al. 83.03a), art. 83.18, par. 83.18(1), al. 83.18(3)a), art. 83.19, art. 83.2 et par. 83.21(1)). Le juge des requêtes a conclu que ces dispositions n’étaient pas inconstitutionnelles pour cause d’imprécision ou de portée excessive.

[10] Toutefois, il a estimé que la div. 83.01(1)(b)(i)(A), qui prévoit qu’une activité terroriste est une action ou omission commise au nom — exclusivement ou non — « d’un but, d’un objectif ou d’une cause de nature politique, religieuse ou idéologique », portait atteinte *prima facie* aux droits reconnus aux al. 2a), b) et d) de la *Charte*. À son avis, cette « disposition relative au mobile » [TRADUCTION] « fait porter l’enquête policière et l’examen du poursuivant sur les croyances, les opinions et les idées exprimées par des personnes ou des groupes », ce qui a un effet paralysant sur l’expression des croyances et des opinions (par. 58). Il conclut que l’atteinte ne peut être justifiée au regard de l’article premier et retranche donc la disposition relative au mobile du par. 83.01(1).

B. *Le procès (2008)*, 238 C.C.C. (3d) 114

[11] Au procès, le juge a tenu pour acquis que la disposition relative au mobile était retranchée de la Loi, puis il a déclaré l’appelant coupable de sept infractions.

[12] Le juge du procès conclut que la culpabilité aux deux premiers chefs (avoir eu l’intention de causer une explosion aux conséquences déterminées sur l’ordre d’un groupe terroriste et avoir eu en sa possession une substance explosive dans le but de permettre à un groupe terroriste de mettre autrui en danger) exige la preuve de la connaissance du complot d’attentat à la bombe fomenté par la cellule

had admitted that there was evidence of lesser included offences, the trial judge found the appellant guilty of working on the development of a detonator contrary to s. 81(1)(a) of the *Criminal Code* and keeping an explosive substance contrary to s. 81(1)(d). He conditionally stayed proceedings on the latter count, under the *Kienapple* principle (*Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729). He held that the remaining five counts were not restricted by a requirement that the appellant know the U.K. group was planning a bomb plot. His findings with respect to each count can be summarized as follows:

Count 3: The appellant participated in a terrorist group by taking weapons training at the camp in northern Pakistan for the purpose of enhancing the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity;

Count 4: The appellant deceived a young woman into acting as a conduit to pass funds for the purpose of enhancing the ability of the Khyam group to facilitate or carry out a terrorist activity;

Count 5: The appellant made his parents' residence in Pakistan available for the use of the Khyam group in pursuit of a common objective of violent jihad, thereby making property available for the purpose of facilitating a terrorist activity or for the benefit of a terrorist group;

Count 6: Everything the appellant did in relation to developing the remote detonator device amounted to participating in or contributing to the activity of a terrorist group for the purpose of enhancing the group's ability to carry out a terrorist activity; and

Count 7: The appellant knowingly facilitated terrorism by, *inter alia*, transporting money, a

du R.-U., une preuve que le ministère public n'a pas faite hors de tout doute raisonnable. L'avocat de la défense ayant reconnu que des éléments établissaient la perpétration d'infractions incluses moins graves, sur le premier chef, le juge déclare l'appellant coupable d'avoir travaillé à la conception d'un détonateur contrairement à l'al. 81(1)(a) du *Code criminel* et, sur le deuxième chef, d'avoir eu en sa possession une substance explosive, contrairement à l'al. 81(1)(d). Il suspend conditionnellement la procédure relativement à ce dernier chef en application de l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729. Il conclut que, pour les cinq autres chefs d'accusation, la culpabilité ne dépend pas de ce que l'appellant savait ou non que la cellule britannique planifiait un attentat à la bombe. Voici quelles sont en résumé ses conclusions pour chacun des autres chefs :

Troisième chef : L'appellant a fait partie d'un groupe terroriste en se rendant dans un camp d'entraînement situé dans le nord du Pakistan pour y apprendre le maniement des armes en vue d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter;

Quatrième chef : L'appellant, en recourant à la ruse, a amené une jeune femme à servir d'intermédiaire pour le transfert de fonds dans le but d'accroître la capacité du groupe de Khyam de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter;

Cinquième chef : L'appellant a mis la résidence pakistanaise de ses parents à la disposition du groupe de Khyam en vue de la poursuite d'un objectif commun, à savoir le jihad armé, rendant ainsi des biens disponibles aux fins de faciliter une activité terroriste ou au bénéfice d'un groupe terroriste;

Sixième chef : Tous les actes de l'appellant liés à la mise au point d'un détonateur à distance ont emporté sa participation ou sa contribution à l'activité d'un groupe terroriste dans le but d'accroître la capacité de ce groupe de se livrer à une activité terroriste;

Septième chef : L'appellant a sciemment facilité le terrorisme, notamment en remettant à Babar de



medical kit, SIM cards and invisible ink pens to Babar; offering to acquire equipment; suggesting that Khyam and another group member come to Canada for shooting practice; offering a course in electronics; suggesting that a third party be sent on a suicide mission to Israel; discussing putting his computer skills to work to assist “the bros”.

[13] The trial judge found that the U.K. cell qualified as a terrorist group within the meaning of the Terrorism section of the *Criminal Code*. On the basis of judicial notice of facts available, *inter alia*, from documents on the United Nations website, he held that the insurgents’ conduct in Afghanistan is terrorist activity, because it results in death and destruction and it is intended to intimidate the Afghan population and diminish support for the legitimate government. Consequently, by preparing for and supporting the insurgency against the coalition forces in Afghanistan, the U.K. cell was facilitating terrorist activity and qualified as a terrorist group. The trial judge held that the appellant “knew he was dealing with a group whose objects and purposes included activity that meets the *Code* definition of terrorist activity” (para. 131).

[14] The trial judge refused to apply the exception for armed conflict in the definition of “terrorist activity” in s. 83.01(1) *in fine*. Pursuant to that subsection, terrorist activity does not include acts or omissions committed during an armed conflict in accordance with international law. The trial judge found that neither the appellant nor any member of the U.K. cell was engaged in armed conflict.

C. *The Sentence (2009), 248 C.C.C. (3d) 233*

[15] The trial judge took into account the mitigating personal circumstances raised by the appellant, but noted that there was no information available respecting his attitude or expected future behaviour, because he had refused to be interviewed for a pre-sentence report. The trial judge held that while

l’argent, une trousse médicale, des cartes SIM et des stylos à l’encre invisible, en offrant de se procurer du matériel, en proposant que Khyam et un autre membre du groupe s’entraînent au tir au Canada, en offrant un cours d’électronique, en proposant qu’un tiers se voit confier une mission suicide en Israël, en envisageant la possibilité de mettre ses compétences en informatique au service de ses « frères ».

[13] Le juge du procès conclut que la cellule britannique constituait un groupe terroriste au sens des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel*. Après avoir pris connaissance d’office de données tirées entre autres de documents disponibles sur le site Web des Nations Unies, il statue que l’activité insurrectionnelle menée en Afghanistan constitue une activité terroriste parce qu’elle sème la mort et la destruction et qu’elle vise à intimider la population afghane et à réduire l’appui dont jouit le gouvernement légitime. Dès lors, en appuyant l’insurrection contre les forces de la coalition en Afghanistan et en se préparant à y prendre part, la cellule britannique facilitait l’activité terroriste et pouvait être considérée comme un groupe terroriste. Le juge statue que l’appellant [TRADUCTION] « savait qu’il avait affaire à un groupe dont la raison d’être englobait l’activité terroriste au sens des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel* » (par. 131).

[14] Le juge du procès refuse d’appliquer l’exception que prévoit *in fine* la définition d’« activité terroriste » au par. 83.01(1) à l’égard du conflit armé. Suivant cette disposition, l’activité terroriste ne s’entend pas de l’acte (action ou omission) commis au cours d’un conflit armé et conforme au droit international. Le juge conclut que ni l’appellant ni aucun membre de la cellule britannique n’étaient engagés dans un conflit armé.

C. *La peine (2009), 248 C.C.C. (3d) 233*

[15] Le juge du procès prend en compte l’effet atténuant de la situation personnelle de l’appellant, mais il souligne l’absence de données sur l’attitude ou le comportement ultérieur prévisible de l’appellant qui résulte de son refus d’être interrogé aux fins de l’établissement d’un rapport présentenciel.

terrorism sentencing must emphasize denunciation, deterrence and protection of the public, the potential for rehabilitation could not be overlooked. He refused to order a life sentence similar to those given to the cell members in the U.K. because he was not persuaded that the appellant was a similar offender in similar circumstances, as opposed to just a willing helper and supporter.

[16] The trial judge sentenced the appellant to 10 and a half years in a penitentiary. He gave no credit for time served on the basis that that would be incompatible with a denunciatory sentence. He set parole ineligibility at 5 years to reflect the absence of any evidence of remorse, willingness to make amends or commitment to future compliance with Canada's laws and values.

D. *The Court of Appeal, 2010 ONCA 862, 103 O.R. (3d) 321*

[17] The Court of Appeal dismissed the appellant's conviction appeal. However, the Court of Appeal held that the trial judge had erred in finding the motive clause unconstitutional. It stated that expressive activity that takes the form of violence is not protected by s. 2(b) of the *Charter*, since violence is destructive of the very values that underlie the right to freedom of expression. For the same reason, threats of violence are not protected by s. 2(b). Thus, the legislation limits a form of expression that is destructive of the principles underlying freedom of expression and, consequently, cannot constitute an infringement of s. 2(b). Moreover, the Court of Appeal held that the trial judge's conclusion that the impugned provisions had a chilling effect was founded entirely on speculation, rather than on evidence to the effect that members of the community actually felt constrained in the expression of their beliefs or opinions.

Il conclut que, même si pour déterminer la peine infligée à l'auteur d'un acte de terrorisme, il faut mettre l'accent sur la dénonciation, la dissuasion et la protection du public, la possibilité de la réinsertion sociale doit être considérée. Le juge refuse de condamner l'accusé à la peine dont ont écopé les membres de la cellule du R.-U. — l'emprisonnement à perpétuité —, car il n'est pas convaincu qu'il y a identité de délinquance et de circonstances entre l'appelant et ces derniers. Il estime plutôt que l'appelant n'a été qu'un partisan enthousiaste et dévoué.

[16] Le juge du procès condamne l'appelant à 10 ans et demi d'emprisonnement, dont il ne retranche pas la durée de la détention avant procès afin de ne pas contrevenir au principe de l'exemplarité de la peine. Il fixe à 5 ans la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle vu l'absence d'élément de preuve selon lequel l'appelant a des remords, désire s'amender ou s'engage à respecter désormais les lois et les valeurs canadiennes.

D. *La Cour d'appel, 2010 ONCA 862, 103 O.R. (3d) 321*

[17] La Cour d'appel de l'Ontario rejette l'appel formé par l'appelant contre sa déclaration de culpabilité. Elle estime cependant que le juge du procès a tort de conclure à l'inconstitutionnalité de la disposition relative au mobile. Pour elle, l'activité expressive qui revêt une forme de violence n'est pas protégée par l'al. 2b) de la *Charte*, car la violence sape les valeurs mêmes qui sous-tendent le droit à la liberté d'expression. Pour la même raison, la menace de violence ne bénéficie pas non plus de la protection constitutionnelle. Partant, la Loi restreint une forme d'expression qui sape les principes sous-jacents à la liberté d'expression et, par conséquent, elle ne saurait porter atteinte au droit garanti à l'al. 2b). En outre, la Cour d'appel statue que la conclusion du juge du procès sur l'effet paralysant des dispositions contestées s'appuie entièrement sur des hypothèses plutôt que sur quelque élément établissant que des membres de la collectivité se sentent effectivement restreints dans l'expression de leurs croyances ou de leurs opinions.

[18] The Court of Appeal found, as had the trial judge, that the armed conflict exception did not apply to the appellant's conduct. There was no evidence that the appellant or the insurgents in Afghanistan undertook armed conflict *in accordance with international law*. The record showed that the appellant himself viewed the violent jihad he was committed to as unlawful. Moreover, the appellant's actions were directed at supporting terrorist activities inside and outside of the forum of conflict in Afghanistan.

[19] The Court of Appeal stated that the trial judge did not err in taking judicial notice of the nature of hostilities in Afghanistan. Further, the verdicts reached by the trial judge were amply supported by the record at trial and were reasonable.

[20] Finally, the Court of Appeal dismissed the appellant's appeal from the sentences, but allowed the Crown's cross-appeal. The Court substituted a sentence of life imprisonment on the conviction for building a detonator to cause a deadly explosion. Emphasizing the seriousness of the conduct, it substituted a total of 24 years of consecutive sentences for the remaining counts, to be served concurrently with the life sentence, and set parole ineligibility at 10 years instead of 5.

#### IV. The Legislation

[21] The *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, part of which now forms Part II.1 of the *Criminal Code*, was passed in 2001, in the aftermath of the Al Qaeda attacks in the United States and Resolution 1373 of the United Nations Security Council, which called on member states to take steps to prevent and suppress terrorist activity (U.N. Doc. S/RES/1373). The purpose of the legislation is to provide a means by which terrorism may be prosecuted and prevented: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248.

[22] While the immediate impetus for the legislation may have been concern following the terrorist

[18] La Cour d'appel convient par ailleurs avec le juge du procès que l'exception du conflit armé ne s'applique pas aux actes reprochés. Nul élément de preuve n'établit que l'appelant ou les insurgés afghans se sont livrés à un conflit armé *conforme au droit international*. Le dossier révèle que l'appelant lui-même considérait que sa participation au jihad armé était illégale. Qui plus est, ses actes visaient à appuyer l'activité terroriste tant sur le territoire afghan, où des combats faisaient rage, qu'à l'extérieur de ce territoire.

[19] Selon la Cour d'appel, le juge du procès n'a pas tort de prendre connaissance d'office de la nature des hostilités qui ont cours en Afghanistan. De plus, les déclarations de culpabilité qu'il inscrit lui paraissent amplement étayées par le dossier et raisonnables.

[20] Enfin, la Cour d'appel rejette l'appel à l'encontre des peines interjeté par l'appelant, mais accueille l'appel incident du ministère public. Elle substitue l'emprisonnement à perpétuité à la peine infligée pour la fabrication d'un détonateur en vue de causer une explosion meurtrière. Soulignant la gravité des actes, elle inflige pour les autres chefs des peines consécutives totalisant 24 ans d'emprisonnement devant être purgées concurremment avec l'emprisonnement à vie et fixe à 10 ans plutôt qu'à 5 la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle.

#### IV. Les dispositions législatives

[21] La *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, dont une composante constitue désormais la partie II.1 du *Code criminel* a été adoptée en 2001 dans la foulée des attentats d'Al-Qaïda aux États-Unis et de la résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies exhortant les États membres à prendre des mesures pour prévenir et réprimer l'activité terroriste (Doc. N.U. S/RES/1373). La Loi est censée offrir des moyens de prévenir les actes de terrorisme et de les réprimer : *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248.

[22] Bien que son adoption ait pu être accélérée par les attentats du 11 septembre 2001, la Loi

attacks of September 11, 2001, the legislation has a much broader history and context. As the recitals to the U.N. Resolution make clear, these events were part of an unfolding and escalating international problem. Canada, which had experienced the Air India and Narita bombings, was no stranger to this problem. The legislation is not emergency legislation, but a permanent part of the criminal law of this country: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at para. 39.

[23] The appellant says that the definition section of the legislation, s. 83.01(1), offends *Charter* guarantees, notably freedom of religion and freedom of expression. I will at this point describe in general terms the definitions of “terrorist activity” and “terrorist group”, and the offences that the provisions create. The full text of the relevant provisions is reproduced in the Appendix.

[24] “Terrorist activity” is defined (i) as an act or omission committed inside or outside Canada that, if committed inside Canada, would constitute one of the *Criminal Code* offences enumerated in s. 83.01(1)(a), or (ii) as an act or omission, a conspiracy, an attempt or threat to commit any act or omission, counselling an act or omission and being an accessory after the fact to an act or omission, that causes one of the consequences described in s. 83.01(1)(b)(ii)(A) to (E). These consequences are: causing death or serious bodily harm to a person by the use of violence (clause (A)); endangering a person’s life (clause (B)); causing a serious risk to the health or safety of the public or any segment thereof (clause (C)); causing substantial property damage, whether to public or private property, if causing such damage is likely to result in the conduct or harm referred to in clauses (A) to (C) (clause (D)); or causing serious interference with or serious disruption of an essential service, facility or system, whether public or private, other than as a result of advocacy, protest, dissent or stoppage of work that is not intended to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C) (clause (E)). However, conduct otherwise captured by s. 83.01(1)(b)(ii)(A) to (E) does not

s’inscrire dans un contexte beaucoup plus large, notamment sur le plan historique. Comme en témoignent les attendus de la résolution 1373 des Nations Unies, les événements du 11 septembre participaient d’une menace internationale toujours grandissante. Après les attentats qui avaient fait exploser un appareil d’Air India en plein vol et un sac de voyage à l’aéroport Narita, le Canada était conscient de la menace. La Loi n’est pas une loi d’exception, mais fait bel et bien partie du droit criminel canadien : *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 39.

[23] Selon l’appelant, le par. 83.01(1) de la Loi, qui renferme les définitions, contrevient aux garanties de la *Charte*, notamment aux libertés de religion et d’expression. Voici comment sont définis, de manière générale, l’« activité terroriste » et le « groupe terroriste », et quelles sont les infractions créées par la Loi. Le texte intégral des dispositions applicables est reproduit en annexe.

[24] L’« activité terroriste » s’entend (i) d’un acte — action ou omission — commis au Canada ou à l’étranger qui, s’il était perpétré au pays, constituerait l’une des infractions énumérées à l’al. 83.01(1)(a) ou (ii) d’un acte — action ou omission —, d’un complot, d’une tentative, d’une menace, d’une complicité après le fait ou d’un encouragement à la perpétration, qui a l’une ou l’autre des conséquences mentionnées aux div. 83.01(1)(b)(ii)(A) à (E). Ces conséquences sont les blessures graves d’une personne ou sa mort causées par l’usage de la violence (div. (A)), la mise en danger de la vie d’une personne (div. (B)), l’atteinte grave à la santé ou à la sécurité de tout ou partie de la population (div. (C)), les dommages matériels considérables causés à des biens publics ou privés lorsqu’il est probable que l’une des situations mentionnées aux div. (A) à (C) en résultera (div. (D)) ou le fait que soient perturbés gravement ou paralysés des services, installations ou systèmes essentiels, publics ou privés, sauf dans le cadre de revendications, de protestations ou de manifestations de désaccord ou d’un arrêt de travail qui n’ont pas pour but de provoquer l’une des situations mentionnées aux div. (A) à (C) (div. (E)). Toutefois, l’acte qui tombe par ailleurs sous le coup des div. 83.01(1)(b)(ii)(A) à (E) ne constitue pas une

constitute “terrorist activity” if it falls within the exception for armed conflict conducted in accordance with international law (s. 83.01(1) *in fine*).

[25] Furthermore, the act or omission that causes one of the consequences enumerated in 83.01(1)(b)(ii)(A) to (E) only constitutes “terrorist activity” if it is accompanied by the requisite mental state. The act or omission must be done with the intention of causing one of the enumerated consequences. In addition, the act or omission must be done with the ulterior intention of intimidating the public or a segment of the public as regards its security, or to compel a person, a government or an organization — whether inside or outside of Canada — to do or refrain from doing any act (s. 83.01(1)(b)(i)(B)). Finally, the act or omission must be done in whole or in part for a political, religious or ideological purpose, objective or cause (s. 83.01(1)(b)(i)(A)).

[26] “Terrorist group” is defined as a person or group that has as one of its purposes or activities the facilitation or carrying out of any “terrorist activity”, or a person or group identified in a regulation adopted under s. 83.05.

[27] Based on these definitions, the legislation goes on to create a number of offences, including:

- Providing or making available property or services for terrorist purposes (s. 83.03) (maximum term of imprisonment of 10 years);
- Participating in or contributing to the activity of a terrorist group (s. 83.18) (maximum term of imprisonment of 10 years);
- Facilitating a terrorist activity (s. 83.19) (maximum term of imprisonment of 14 years);
- Instructing people to carry out an activity for a terrorist group (s. 83.21) (liable to imprisonment for life).

[28] The counts on which the appellant was convicted variously engage all of these offences.

« activité terroriste » lorsqu’il bénéficie de l’exception du conflit armé conforme aux règles applicables du droit international en la matière (par. 83.01(1) *in fine*).

[25] En outre, l’action ou l’omission qui emporte l’une des conséquences mentionnées aux div. 83.01(1)(b)(ii)(A) à (E) ne constitue une « activité terroriste » que si elle s’accompagne de l’état mental voulu, à savoir l’intention de causer l’une de ces conséquences. De plus, l’action ou l’omission doit avoir pour dessein ultérieur d’intimider tout ou partie de la population quant à sa sécurité ou de contraindre une personne, un gouvernement ou une organisation nationale ou internationale à accomplir un acte ou à s’en abstenir (div. 83.01(1)(b)(i)(B)). Enfin, l’action ou l’omission doit intervenir au nom — exclusivement ou non — d’un but, d’un objectif ou d’une cause de nature politique, religieuse ou idéologique (div. 83.01(1)(b)(i)(A)).

[26] Un « groupe terroriste » s’entend d’une personne ou d’un groupe dont l’un des objets ou l’une des activités consiste à se livrer à des activités terroristes ou à les faciliter, ou d’une personne ou d’un groupe inscrit sur la liste établie en vertu de l’art. 83.05.

[27] Puis, à partir de ces définitions, la Loi crée un certain nombre d’infractions, dont les suivantes :

- Fournir ou rendre disponibles des biens ou des services à des fins terroristes (art. 83.03) (emprisonnement maximal de 10 ans);
- Participer à une activité d’un groupe terroriste ou y contribuer (art. 83.18) (emprisonnement maximal de 10 ans);
- Faciliter une activité terroriste (art. 83.19) (emprisonnement maximal de 14 ans);
- Charger une personne de se livrer à une activité pour un groupe terroriste (art. 83.21) (emprisonnement à perpétuité).

[28] Les chefs dont l’appelant est déclaré coupable font intervenir toutes ces infractions d’une manière ou d’une autre.

[29] The terrorism offences attract specific sentencing provisions. Pursuant to s. 83.26, sentences for terrorism offences must be served consecutively. Further, s. 718.2 provides that the commission of a terrorism offence is to be considered an aggravating factor for the purposes of sentencing. Finally, I set out the provisions of the *Charter* relevant to the appeal. The overbreadth argument advanced in the companion appeals is grounded in s. 7 of the *Charter*:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[30] The appellant in this appeal bases his argument that the provisions are unconstitutional on s. 2 of the *Charter*:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

- (a) freedom of conscience and religion;
- (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
- (c) freedom of peaceful assembly; and
- (d) freedom of association.

[31] Breaches of *Charter* guarantees can be justified under s. 1, which provides:

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.

## V. Issues

[32] The issues are as follows:

A. Constitutionality of the provisions;

1. Does s. 83.18 of the *Criminal Code* violate s. 7 of the *Charter*?

- (a) The test for overbreadth;

[29] Les infractions de terrorisme emportent l'application de dispositions particulières au chapitre de la détermination de la peine. Suivant l'art. 83.26, les peines infligées sont purgées consécutivement. De plus, l'art. 718.2 dispose que la perpétration d'un acte de terrorisme est considérée comme une circonstance aggravante aux fins de la détermination de la peine. Enfin, voici les dispositions de la *Charte* qui sont pertinentes aux fins du pourvoi. La thèse de la portée excessive formulée dans les pourvois connexes prend appui sur l'art. 7 de la *Charte*:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[30] Dans la présente affaire, l'appelant fonde sur l'art. 2 de la *Charte* sa prétention selon laquelle les dispositions en cause sont inconstitutionnelles :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

- a) liberté de conscience et de religion;
- b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;
- c) liberté de réunion pacifique;
- d) liberté d'association.

[31] Toute atteinte à une liberté garantie par la *Charte* peut être justifiée au regard de l'article premier, qui dispose :

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.

## V. Les questions en litige

[32] Les questions en litige sont les suivantes :

A. Constitutionnalité des dispositions;

1. L'article 83.18 du *Code criminel* viole-t-il le droit garanti à l'art. 7 de la *Charte*?

- a) Le critère relatif à la portée excessive;

- |  |   |
|--|---|
| <p>(b) The scope of the law;</p> <p>(c) The objective of the law;</p> <p>(d) Are the impugned provisions broader than necessary or is their impact disproportionate?</p> <p>2. Does the law, specifically the motive clause, infringe s. 2 of the <i>Charter</i>?</p> <p>(a) Unconstitutional purpose;</p> <p>(b) Unconstitutional effect;</p> <p>3. Conclusion on the constitutionality of the law;</p> <p>B. Application of the provisions;</p> <p>1. Did the deletion and subsequent re-insertion of the motive clause make the trial and convictions unfair?</p> <p>2. Does the armed conflict exception apply?</p> <p>3. Were the verdicts unreasonable?</p> <p>C. Did the Court of Appeal err in overturning the sentence imposed by the trial judge and substituting a term of life imprisonment?</p> | <p>b) La portée de la Loi;</p> <p>c) L'objectif de la Loi;</p> <p>d) Les dispositions contestées ont-elles une portée plus grande que nécessaire ou une incidence disproportionnée?</p> <p>2. La Loi, à savoir la disposition relative au mobile, porte-t-elle atteinte aux libertés garanties à l'art. 2 de la <i>Charte</i>?</p> <p>a) inconstitutionnalité de l'objet;</p> <p>b) inconstitutionnalité de l'effet;</p> <p>3. Conclusion sur la constitutionnalité des dispositions;</p> <p>B. Application des dispositions;</p> <p>1. L'invalidation de la disposition relative au mobile puis son rétablissement ultérieur ont-ils rendu le procès et les déclarations de culpabilité inéquitable?</p> <p>2. L'exception du conflit armé s'applique-t-elle?</p> <p>3. Les verdicts étaient-ils déraisonnables?</p> <p>C. La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'annuler la peine infligée par le juge du procès et d'y substituer l'emprisonnement à perpétuité?</p> |
|--|---|

[33] The appellant challenges the constitutionality of the legislation only on one ground: that its chilling effect violates s. 2 of the *Charter*. The appellants in the companion appeals also allege a violation of s. 2 of the *Charter*, and additionally challenge the constitutionality of s. 83.18 for overbreadth pursuant to s. 7 of the *Charter*.

[33] L'appelant conteste la constitutionnalité de la Loi au seul motif que son effet paralysant violerait les libertés garanties à l'art. 2 de la *Charte*. Dans les pourvois connexes, les appelants allèguent également l'atteinte à la liberté garantie à l'al. 2b) de la *Charte* et l'inconstitutionnalité de l'art. 83.18 au motif que sa portée est excessive contrairement à l'art. 7 de la *Charte*.

## VI. Analysis

## VI. Analyse

### A. *Constitutionality of the Provisions*

### A. *Constitutionnalité des dispositions*

1. Does Section 83.18 of the *Criminal Code* Violate Section 7 of the *Charter*?

1. L'article 83.18 du *Code criminel* viole-t-il le droit garanti par l'art. 7 de la *Charte*?

[34] The appellant challenged the provisions under which he was charged as unconstitutional

[34] Par voie de requête préalable, l'appelant a contesté la constitutionnalité des dispositions

for vagueness and overbreadth on a pre-trial constitutional motion. The trial judge rejected this submission and the appellant does not pursue it before this Court. However, s. 83.18 of the *Criminal Code* is challenged for overbreadth in the companion appeals. Since all three cases depend on the ultimate constitutionality of the legislation, I propose to consider all the constitutional arguments, including overbreadth, in these reasons.

[35] It is a principle of fundamental justice that criminal laws not be overbroad. Pursuant to s. 7 of the *Charter*, laws that restrict the liberty of those to whom they apply must do so in accordance with principles of fundamental justice. Criminal laws that restrict liberty more than is necessary to accomplish their goal violate principles of fundamental justice. Such laws are overbroad. The appellants Nadarajah and Sriskandarajah say that the combined effect of the definition of terrorist activity (s. 83.01(1)) and of the provision prohibiting participation in terrorist activity (s. 83.18) results in overbreadth, by criminalizing conduct that creates no risk of harm and is only tenuously connected to Parliament's objective of preventing terrorist activity.

[36] I will first review the legal test for overbreadth. I will then apply this test to the definition of terrorist activity and the prohibition of participation in terrorist activity.

(a) *The Test for Overbreadth*

[37] In *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, this Court explained that a law is overbroad if the state, in pursuing a legitimate objective, uses means which are broader than is necessary to accomplish that objective. In determining overbreadth, a measure of deference must be paid to the means selected by the legislator.

en application desquelles il était accusé au motif qu'elles étaient imprécises et avaient une portée excessive. Le juge du procès a rejeté la prétention, et l'appellant ne la fait plus valoir devant la Cour. Toutefois, dans les pourvois connexes, l'art. 83.18 du *Code criminel* est contesté parce qu'il aurait une portée excessive. Comme l'issue des trois affaires tient en fin de compte à la constitutionnalité de la Loi, je me prononce, dans les présents motifs, sur toutes les allégations d'inconstitutionnalité, dont celle de la portée excessive.

[35] Un principe de justice fondamentale veut que les lois de nature pénale ne doivent pas avoir de portée excessive. Aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, la disposition qui restreint le droit à la liberté d'une personne qui y est assujettie doit le faire en conformité avec les principes de justice fondamentale. La disposition criminelle qui restreint le droit à la liberté plus qu'il ne le faut pour atteindre l'objectif qui la sous-tend ne respecte pas ces principes. Sa portée est alors excessive. Dans les pourvois connexes, les appelants Nadarajah et Sriskandarajah font valoir que, ensemble, la définition d'activité terroriste (par. 83.01(1)) et la disposition qui fait de la participation à l'activité terroriste une infraction (art. 83.18) confèrent une portée excessive à la Loi en criminalisant un comportement qui ne crée aucun risque de préjudice et qui n'a qu'un lien ténu avec l'objectif législatif de prévenir l'activité terroriste.

[36] J'examine d'abord le critère juridique relatif à la portée excessive, puis je l'applique à la définition d'activité terroriste et à l'interdiction de participer à une activité terroriste.

a) *Le critère relatif à la portée excessive*

[37] Dans l'arrêt *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, la Cour explique qu'une loi a une portée excessive lorsque l'État, dans le but d'atteindre un objectif légitime, recourt à des mesures dont la portée est plus grande que nécessaire pour atteindre cet objectif. La déférence s'impose à l'égard du législateur lorsqu'il s'agit de déterminer si la mesure qu'il a prise a une portée excessive.



[38] The appellants argue that the law is overbroad because it is grossly disproportionate to the objective it seeks to achieve. The appellants conflate overbreadth and gross disproportionality. *Heywood* suggested that gross disproportionality was a concept subsumed by overbreadth: “The effect of overbreadth is that in some applications the law is arbitrary or disproportionate” (p. 793). However, gross disproportionality seemed to be recognized as a distinct breach of principles of fundamental justice in the marijuana case *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571. Some confusion arises from the fact that *Malmo-Levine’s* companion case *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735, could be read as suggesting that gross disproportionality is simply the standard by which overbreadth is measured. Indeed, this Court wrote in *Clay* that “[o]verbreadth . . . addresses the potential infringement of fundamental justice where the adverse effect of a legislative measure on the individuals subject to its strictures is *grossly* disproportionate to the state interest the legislation seeks to protect” (para. 38 (emphasis in original)).

[39] The authorities continue to suggest that overbreadth and gross disproportionality are — at least analytically — distinct. Indeed, Professor Hogg refers to gross disproportionality as the “sister” doctrine of overbreadth (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at p. 47-58). Further, in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, this Court considered overbreadth and gross disproportionality under separate headings (paras. 133-35).

[40] For the purposes of this appeal, I need not decide whether overbreadth and gross disproportionality are distinct constitutional doctrines. Certainly, these concepts are interrelated, although they may simply offer different lenses through which to consider a single breach of the

[38] Les appelants prétendent que la Loi a une portée excessive en ce qu’elle a une incidence totalement disproportionnée à son objet. Ils confondent portée excessive et caractère totalement disproportionné. Dans *Heywood*, la Cour laisse entendre que la seconde notion est subsumée sous la première : « Lorsqu’une loi a une portée excessive, il s’ensuit qu’elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications » (p. 793). Toutefois, dans *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, un arrêt portant sur la possession de marijuana, la Cour semble reconnaître que le caractère totalement disproportionné constitue une atteinte distincte aux principes de justice fondamentale. Une certaine confusion découle du fait que le pourvoi *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735 (connexe à *Malmo-Levine*) permet de conclure que le caractère totalement disproportionné d’une disposition correspond seulement au critère au regard duquel s’apprécie la portée excessive. La Cour y indique en effet que « la portée excessive s’attache aux atteintes potentielles à la justice fondamentale lorsque l’effet préjudiciable d’une mesure législative sur les personnes qu’elle touche est [totalement] disproportionné par rapport à l’intérêt général que le texte de loi tente de protéger » (par. 38 (en italique dans l’original)).

[39] La doctrine et la jurisprudence suggèrent toujours que la portée excessive d’une disposition et son caractère totalement disproportionné sont des concepts distincts, du moins sur le plan analytique. En effet, pour le professeur Hogg, le caractère totalement disproportionné est la doctrine [TRADUCTION] « sœur » de la portée excessive (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), vol. 2, p. 47-58). Qui plus est, dans *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, ces deux atteintes font l’objet de rubriques différentes (par. 133-135).

[40] Dans le présent pourvoi, je ne me prononce pas sur la question de savoir si la portée excessive et le caractère totalement disproportionné correspondent à des doctrines constitutionnelles distinctes. Ce sont certes des concepts interreliés, mais peut-être n’offrent-ils que deux angles différents

principles of fundamental justice. Overbreadth occurs when the means selected by the legislator are broader than necessary to achieve the state objective, and gross disproportionality occurs when state actions or legislative responses to a problem are “so extreme as to be disproportionate to any legitimate government interest”: *PHS Community Services Society*, at para. 133; see also *Malmo-Levine*, at para. 143. In order to address the appellants’ s. 7 constitutional challenge, I will (1) examine the scope of the law (2) determine the objective of the law and (3) ask whether the means selected by the law are broader than necessary to achieve the state objective and whether the impact of the law is grossly disproportionate to that objective. Thus, I will examine both overbreadth and gross disproportionality in a single step, without however deciding whether they are distinct constitutional doctrines.

(b) *The Scope of the Law*

[41] Section 83.18(1) criminalizes participation in or contributions to the activities of a terrorist group. It requires for conviction that the accused (a) knowingly (b) participate in or contribute to, (c) directly or indirectly, (d) any activity of a terrorist group, (e) for the purpose of enhancing the ability of any terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. Subsection (2) specifies that, in order to secure a conviction, the Crown does not have to prove that (a) the terrorist group actually facilitated or carried out a terrorist activity, that (b) the accused’s acts actually enhanced the ability of a terrorist group to do so, or that (c) the accused knew the specific nature of any terrorist activity facilitated or carried out by a terrorist group. As the Ontario Court of Appeal found in *United States of America v. Nadarajah (No. 1)*, 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662:

... s. 83.18 applies to persons who, by their acts, contribute to or participate in what they know to be activities of what they know to be a terrorist group. In

d’appréciation d’un seul et même manquement aux principes de justice fondamentale. Il y a une portée excessive lorsque le législateur opte pour un moyen dont la portée est plus grande que nécessaire pour atteindre l’objectif de l’État, et il y a une disproportion totale lorsque les actes de l’État ou les réponses du législateur à un problème sont « à ce point extrêmes qu’ils sont disproportionnés à tout intérêt légitime du gouvernement » : *PHS Community Services Society*, par. 133; voir aussi *Malmo-Levine*, par. 143. Pour statuer sur la contestation constitutionnelle des appelants fondée sur l’art. 7, (1) j’examine la portée de la Loi, (2) je détermine l’objectif de la Loi, puis (3) je me demande si le moyen retenu par le législateur a une portée plus grande que nécessaire pour atteindre l’objectif de l’État et si la Loi a une incidence totalement disproportionnée à cet objectif. J’examine donc la portée excessive et la disproportion totale en une seule et même étape, sans toutefois statuer s’il s’agit ou non d’atteintes distinctes aux principes de justice fondamentale.

b) *La portée de la Loi*

[41] Le paragraphe 83.18(1) criminalise la participation ou la contribution à une activité d’un groupe terroriste. Pour être déclaré coupable, l’accusé doit avoir a) sciemment b) participé ou contribué, c) directement ou non, d) à quelque activité d’un groupe terroriste e) dans le but d’accroître la capacité de tout groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. Le paragraphe (2) précise que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, le ministère public n’a pas à prouver que a) le groupe terroriste s’est effectivement livré à une activité terroriste ou l’a facilitée, que b) les actes de l’accusé ont effectivement accru la capacité d’un groupe terroriste de ce faire ou que c) l’accusé connaissait la nature exacte de toute activité terroriste à laquelle s’est livré un groupe terroriste ou que ce dernier a facilitée. Comme le conclut la Cour d’appel de l’Ontario dans *United States of America c. Nadarajah (No. 1)*, 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662 :

[TRADUCTION] ... l’art. 83.18 vise la personne qui, par ses actes, participe ou contribue consciemment aux activités d’un groupe dont elle connaît les visées

addition, those acts must be done for the specific purpose of enhancing the ability of that terrorist group to facilitate or carry out activity that falls within the definition of terrorist activity. [para. 28]

[42] The appellants argue that s. 83.18 is overbroad because it captures conduct that does not contribute materially to the creation of a risk of terrorism, such as direct and indirect participation in legitimate, innocent and charitable activities carried out by a terrorist group. They contend that, “[i]n the absence of some explicit disassociation from the group’s terrorist ideology, participating in any activity of the group could be viewed as intending to enhance the group’s abilities to carry out terrorist activities” (Nadarajah factum, at para. 35 (emphasis added)). Thus, innocent individuals, who may or may not sympathize with the cause of a terrorist group, could be convicted under s. 83.18 purely on the basis of attending a visibility-enhancing event held by the charitable arm of a group that also engages in terrorist activity. Professor Roach has opined that even lawyers and doctors who legitimately provide their professional services to a known terrorist could be convicted under s. 83.18: see K. Roach, “The New Terrorism Offences and the Criminal Law”, in R. J. Daniels, P. Macklem and K. Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill* (2001), 151, at p. 161. According to the appellants, these scenarios demonstrate that the law is overbroad.

[43] The first step in assessing the validity of this argument is to interpret s. 83.18 to determine its true scope: *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, *per* Lamer C.J., at para. 10.

[44] The Terrorism section of the *Criminal Code*, like any statutory provision, must be interpreted with regard to its legislative purpose. That purpose is “to provide means by which terrorism may be prosecuted and prevented” (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at para. 39) — *not* to punish individuals for innocent, socially

terroristes. De plus, les actes doivent être accomplis dans le but précis d’accroître la capacité du groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste au sens défini, ou de la faciliter. [par. 28]

[42] Les appelants prétendent que la portée de l’art. 83.18 est excessive parce qu’elle englobe l’acte qui ne contribue pas concrètement à la création du risque de terrorisme, telle la participation, directe ou non, à des activités légitimes, inoffensives ou de bienfaisance menées par un groupe terroriste. Ils font valoir que, [TRADUCTION] « [à] défaut de s’être explicitement dissociée de l’idéologie terroriste du groupe, la personne qui participe à toute activité de ce dernier est susceptible de se voir imputer l’intention d’accroître la capacité de ce groupe de se livrer à une activité terroriste » (mémoire de l’appelant Nadarajah, par. 35 (je souligne)). Ainsi, une personne innocente, qu’elle partage ou non les visées terroristes d’un groupe, pourrait être accusée sur le fondement de l’art. 83.18 pour le seul motif qu’elle a assisté à une activité visant à accroître la visibilité organisée par le volet caritatif d’un groupe qui s’adonne par ailleurs au terrorisme. Le professeur Roach estime que même l’avocat ou le médecin qui offre légitimement ses services professionnels à un terroriste connu pourrait tomber sous le coup de l’art. 83.18 : voir K. Roach, « The New Terrorism Offences and the Criminal Law », dans R. J. Daniels, P. Macklem et K. Roach, dir., *The Security of Freedom : Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill* (2001), 151, p. 161. Les appelants soutiennent que ces éventualités étayent leurs allégations de portée excessive de la Loi.

[43] L’appréciation de leur thèse exige d’abord d’interpréter l’art. 83.18 afin d’en déterminer la portée véritable : *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, le juge en chef Lamer, par. 10.

[44] Comme toutes autres mesures législatives, les dispositions sur le terrorisme du *Code criminel* doivent être interprétées à la lumière de leur objet, lequel est de « fournir des moyens de prévenir et de punir les actes de terrorisme » (*Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 39) — *non pas* de punir la personne qui prend part à une

useful or casual acts which, absent any intent, indirectly contribute to a terrorist activity.

[45] This purpose commands a high *mens rea* threshold. To be convicted, an individual must not only participate in or contribute to a terrorist activity “*knowingly*”, his or her actions must also be undertaken “*for the purpose*” of enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The use of the words “for the purpose of” in s. 83.18 may be interpreted as requiring a “higher subjective purpose of enhancing the ability of any terrorist group to carry out a terrorist activity”: K. Roach, “Terrorism Offences and the Charter: A Comment on R. v. Khawaja” (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 271, at p. 285.

[46] To have the *subjective* purpose of enhancing the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity, the accused must *specifically intend* his actions to have this general effect. The specific nature of the terrorist activity, for example the death of a person from a bombing, need not be intended (s. 83.18(2)(c)); all that need be intended is that his action will enhance the ability of the terrorist group to carry out or facilitate a terrorist activity.

[47] The effect of this heightened *mens rea* is to exempt those who may unwittingly assist terrorists or who do so for a valid reason. Social and professional contact with terrorists — for example, such as occurs in normal interactions with friends and family members — will not, absent the specific intent to enhance the abilities of a terrorist group, permit a conviction under s. 83.18. The provision requires subjective fault, as opposed to mere negligent failure to take reasonable steps to avoid unwittingly assisting terrorists: see K. Roach, “Terrorism Offences and the Charter: A Comment on R. v. Khawaja”, at p. 285. For example, a lawyer who represents a known terrorist may know that, if successful at trial, his client will thereafter pursue

activité inoffensive, socialement utile ou spontanée et contribue sans le vouloir et de manière indirecte à une activité terroriste.

[45] Étant donné cet objet, la perpétration de l’infraction exige un degré élevé de *mens rea*. Pour obtenir une déclaration de culpabilité, il faut démontrer non seulement que la personne a « *sciemment* » participé ou contribué à l’activité terroriste, mais que ses gestes ont été accomplis « *dans le but* » d’accroître la capacité du groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. L’emploi des mots « dans le but » à l’art. 83.18 peut donner à penser qu’il incombe au poursuivant d’établir [TRADUCTION] « un degré particulièrement élevé d’intention subjective d’accroître la capacité d’un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste » : K. Roach, « Terrorism Offences and the Charter : A Comment on R. v. Khawaja » (2007), 11 *R.C.D.P.* 271, p. 285.

[46] Pour démontrer que l’accusé avait l’intention *subjective* d’accroître la capacité d’un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter, il faut établir qu’il *entendait précisément* que ses actes aient un tel effet général. Point n’est besoin de prouver l’intention liée à la nature précise de l’activité terroriste, telle la mort d’une personne lors d’un attentat à la bombe (al. 83.18(2)c)). Il suffit de prouver l’intention que ses actes accroissent la capacité du groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter.

[47] Cette exigence accrue au chapitre de la *mens rea* a pour effet de soustraire à une accusation fondée sur l’art. 83.18 la personne qui prête son appui à un groupe terroriste à son insu ou pour une raison valable. Les rapports sociaux ou professionnels avec des terroristes — lors, par exemple, d’interactions normales avec des amis ou des parents — n’emportent pas la perpétration de l’infraction créée à l’art. 83.18 lorsque l’intention spécifique d’accroître la capacité du groupe terroriste n’est pas démontrée. La disposition exige une faute subjective et non seulement l’omission, par négligence, de prendre des mesures raisonnables pour éviter d’aider involontairement des terroristes : voir K. Roach, « Terrorism Offences and the Charter : A

his contributions to terrorism. However, the lawyer could only be convicted under s. 83.18 if his intent was specifically to enable the client to pursue further terrorist activities, as opposed to simply affording his client a full defence at law.

[48] To convict under s. 83.18, the judge must be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused intended to enhance the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. There may be direct evidence of this intention. Or the intention may be inferred from evidence of the knowledge of the accused and the nature of his actions.

[49] The appellants argue that, even if the scope of s. 83.18 is narrowed by the high *mens rea* requirement, it is still overbroad because it captures conduct that, while perhaps animated by the intent to enhance the abilities of a terrorist group, is essentially harmless. For example, a person who marches in a non-violent rally held by the charitable arm of a terrorist group, with the specific intention of lending credibility to the group and thereby enhancing the group's ability to carry out terrorist activities, is not necessarily contributing to terrorism in any meaningful way. Yet, on the basis of the plain meaning of s. 83.18, that person could be convicted for participating in terrorism.

[50] This argument relies on an incorrect interpretation of s. 83.18. The *actus reus* of s. 83.18 does not capture conduct that discloses, at most, a negligible risk of enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. Although s. 83.18(1) punishes an individual who “participates in or contributes to . . . any activity of a terrorist group”, the context makes clear that Parliament did not intend for the provision to capture conduct that creates no risk or a negligible risk

Comment on R. v. Khawaja », p. 285. Par exemple, il se peut que l’avocat qui représente un terroriste connu sache que, si son client a gain de cause, il continuera de contribuer au terrorisme. Cependant, l’avocat ne peut être déclaré coupable en application de l’art. 83.18 que s’il a l’intention spécifique de permettre à son client de poursuivre ses activités terroristes, et non s’il entend simplement le faire bénéficier d’une défense pleine et entière devant la justice.

[48] Avant de déclarer une personne coupable de l’infraction prévue à l’art. 83.18, le juge doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que la personne avait l’intention d’accroître la capacité d’un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. L’intention se démontre par preuve directe ou s’infère de la preuve de ce que savait l’accusé et de la nature de ses actes.

[49] Selon les appelants, même si la portée de l’art. 83.18 est circonscrite par l’exigence d’un degré élevé de *mens rea*, elle demeure excessive, car la disposition criminalise le comportement qui, même s’il est motivé par l’intention d’accroître la capacité d’un groupe terroriste, n’en est pas moins foncièrement inoffensif. Par exemple, la personne qui participe à une manifestation pacifique organisée par le volet caritatif d’un groupe terroriste, dans l’intention spécifique de conférer une crédibilité à ce dernier et d’accroître de ce fait la capacité du groupe de se livrer à des activités terroristes, ne contribue pas nécessairement de manière importante au terrorisme. Pourtant, il ressort du sens ordinaire des mots employés à l’art. 83.18 que cette personne pourrait se voir reconnaître coupable de participation à une activité de terrorisme.

[50] Leur thèse tient à une interprétation erronée de la disposition. Le comportement qui présente au plus un risque négligeable d’accroître la capacité d’un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter ne correspond pas à l’*actus reus* de l’infraction. Bien que le par. 83.18(1) sanctionne quiconque « participe à une activité d’un groupe terroriste, ou y contribue », il ressort du contexte que l’intention du législateur n’était pas de criminaliser le comportement qui présente un

of harm. Indeed, the offence carries with it a sentence of up to 10 years of imprisonment and significant stigma. This provision is meant to criminalize conduct that presents a real risk for Canadian society.

[51] A purposive and contextual reading of the provision confines “participat[ion] in” and “contribut[ion] to” a terrorist activity to conduct that creates a risk of harm that rises beyond a *de minimis* threshold. While nearly every interaction with a terrorist group carries some risk of indirectly enhancing the abilities of the group, the scope of s. 83.18 excludes conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group *to facilitate or carry out a terrorist activity*.

[52] The determination of whether a reasonable person would view conduct as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity hinges on the nature of the conduct and the relevant circumstances. For example, the conduct of a restaurant owner who cooks a single meal for a known terrorist is not of a nature to materially enhance the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity: K. E. Davis, “Cutting off the Flow of Funds to Terrorists: Whose Funds? Which Funds? Who Decides?”, in *The Security of Freedom: Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*, 299, at p. 301. By contrast, giving flight lessons to a known terrorist is clearly conduct of a nature to materially enhance the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity: *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 95, 1st Sess., 37th Parl., October 16, 2001, at p. 6165 (Hon. Anne McLellan).

[53] I conclude that a purposive interpretation of the *actus reus* and *mens rea* requirements of s. 83.18 excludes convictions (i) for innocent or socially useful conduct that is undertaken absent any intent to enhance the abilities of a terrorist

risque négligeable de préjudice ou qui n’en présente aucun. En effet, l’auteur de l’infraction encourt un emprisonnement maximal de 10 ans et s’expose à une stigmatisation importante. Cette disposition a pour objet de criminaliser le comportement qui présente un risque véritable pour la société canadienne.

[51] Suivant une interprétation téléologique et contextuelle de l’art. 83.18, la « particip[ation] » ou la « contribu[tion] » à une activité terroriste ne peut s’entendre que d’un comportement qui présente un risque de préjudice dépassant le seuil minimal. Si presque toute interaction avec un groupe terroriste comporte un certain risque d’accroître indirectement sa capacité malfaisante, la portée de l’art. 83.18 exclut le comportement qui, pour une personne raisonnable, ne serait pas susceptible d’accroître sensiblement la capacité d’un groupe terroriste *de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter*.

[52] L’issue d’une telle appréciation fondée sur l’optique d’une personne raisonnable dépend de la nature du comportement et des circonstances en cause. Par exemple, le restaurateur qui sert un repas à un terroriste connu n’accroît pas sensiblement la capacité d’un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter : K. E. Davis, « Cutting off the Flow of Funds to Terrorists : Whose Funds? Which Funds? Who Decides? », dans *The Security of Freedom : Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*, 299, p. 301. Par contre, donner des leçons de pilotage à un terroriste connu est nettement de nature à accroître sensiblement la capacité d’un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter : *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, n° 95, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 16 octobre 2001, p. 6165 (hon. Anne McLellan).

[53] Je conclus de l’interprétation téléologique de l’*actus reus* et de la *mens rea* exigés à l’art. 83.18 qu’il ne peut y avoir déclaration de culpabilité (i) pour un acte innocent ou socialement utile accompli sans intention d’accroître la capacité d’un

group to facilitate or carry out a terrorist activity, and (ii) for conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity.

[54] Having determined that the scope of the law is narrower than was argued by the appellants, I turn to the second step of the analysis, the objective of the law.

(c) *The Objective of the Law*

[55] The parties agree that the objective of the terrorism provisions is to prosecute *and prevent* terrorism. The need to prosecute acts that support or assist terrorist activity that may never materialize into acts of terrorism flows from the great harm resulting from terrorism offences, the Crown contends. The appellants agree that it is legitimate for the state to prevent terrorist acts from taking place.

(d) *Are the Impugned Provisions Broader Than Necessary or Is Their Impact Disproportionate?*

[56] Finally, I must ask whether the impugned provisions are broader than necessary to prevent and prosecute terrorism, or have an impact that is grossly disproportionate to that objective.

[57] The appellants argue that, in relation to its objective, s. 83.18 is broader than necessary and has a grossly disproportionate impact because it criminalizes acts (1) which do not disclose a risk of harm, (2) which are not connected to a real or contemplated terrorist act, and (3) which are preliminary to the commission of an inchoate offence. The first two arguments are answered by the limited scope of s. 83.18. As we have seen, conviction under s. 83.18 entails (1) an *actus reus* that excludes conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity, and (2) a high *mens rea* (specific intent to

groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter, ni (ii) pour un acte qu'une personne raisonnable ne tiendrait pas pour susceptible d'accroître sensiblement cette capacité.

[54] Ayant conclu que la portée de la Loi est moins grande que ne le prétendent les appelants, je passe maintenant au deuxième volet de l'analyse, à savoir l'objectif de la Loi.

c) *L'objectif de la Loi*

[55] Les parties conviennent que l'objectif des dispositions sur le terrorisme est de *prévenir et de réprimer* les actes de terrorisme. Selon le ministère public, la nécessité de réprimer toute facilitation d'une activité terroriste qui ne débouchera peut-être jamais sur une infraction de terrorisme tient à l'ampleur du préjudice associé à celle-ci. Les appelants conviennent que l'État peut légitimement faire obstacle au terrorisme.

d) *Les dispositions contestées ont-elles une portée plus grande que nécessaire ou une incidence disproportionnée?*

[56] Enfin, je dois me demander si les dispositions en cause ont une portée plus grande qu'il ne le faut pour prévenir le terrorisme et le réprimer ou si leur incidence est totalement disproportionnée à leur objectif.

[57] Les appelants prétendent que, compte tenu de son objectif, l'art. 83.18 a une portée plus grande que nécessaire et une incidence totalement disproportionnée en ce qu'il criminalise des actes (1) qui ne présentent aucun risque de préjudice, (2) qui ne sont pas liés à un acte de terrorisme réel ou envisagé et (3) qui sont préalables à la perpétration d'une infraction préparatoire. On peut opposer aux deux premières prétentions que la portée de l'art. 83.18 est restreinte. Rappelons que la culpabilité à l'infraction créée exige, d'une part, un *actus reus*, qui ne s'entend pas d'un acte qu'une personne raisonnable ne tiendrait pas pour susceptible d'accroître sensiblement la capacité d'un groupe terroriste

enhance the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity). The Crown must prove both these elements beyond a reasonable doubt. Conduct that meets both these requirements discloses a non-negligible risk of harm and is sufficiently connected to real or contemplated terrorist activity.

[58] As stated above, the appellants' third argument is that the impact of s. 83.18 is grossly disproportionate to Parliament's objective of curbing terrorism because it criminalizes acts that are preliminary to the commission of an inchoate offence. The appellants agree that stopping a terrorist act before it takes place is a legitimate legislative objective. However, they argue that the existing crimes of conspiracy and attempt are sufficient to achieve this objective, and that it is unnecessary and disproportionate to reach back further and criminalize activity that is preliminary or ancillary to those preparatory acts.

[59] The appellants rely on this Court's statement in *R. v. Déry*, 2006 SCC 53, [2006] 2 S.C.R. 669, *per* Fish J., that criminal liability does not attach "to fruitless discussions in contemplation of a substantive crime that is never committed, nor even attempted, by any of the parties to the discussions" (para. 37). They argue that s. 83.18 goes even further and criminalizes "indirect and fruitless contributions to non-terrorist activities where the intention is to enhance the ability of a group to commit such preliminary acts as conspiring or counselling, even where no terrorist act is facilitated or carried out and the accused is unaware of the specific nature of the act contemplated" (Nadarajah factum, at para. 43).

[60] In my opinion, *Déry* does not assist the appellants. First, *Déry* was concerned with interpretation, not constitutional boundaries. Indeed, the reasons contemplate that Parliament could, if it wished, create an offence of attempted conspiracy: "Recognition of attempted conspiracy as

de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter et, d'autre part, un degré élevé de *mens rea* (intention spécifique d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter). Le ministère public doit prouver les deux composantes hors de tout doute raisonnable. L'acte qui satisfait à cette condition présente un risque non négligeable de préjudice et il a un lien suffisant avec une activité terroriste réelle ou envisagée.

[58] Rappelons que la troisième prétention des appelants veut que l'art. 83.18 ait une incidence totalement disproportionnée à l'objectif du législateur d'enrayer le terrorisme en ce qu'il criminalise des actes qui sont préalables à la perpétration d'une infraction préparatoire. Les appelants conviennent que l'objectif législatif d'empêcher la perpétration d'actes de terrorisme est légitime. Ils prétendent toutefois que les crimes existants de complot et de tentative permettent d'atteindre cet objectif et qu'il est inutile et disproportionné de ratisser plus large et de criminaliser l'activité préalable ou accessoire à un acte préparatoire.

[59] Les appelants invoquent l'arrêt *R. c. Déry*, 2006 CSC 53, [2006] 2 R.C.S. 669, où le juge Fish affirme au nom de notre Cour que nul n'engage sa responsabilité criminelle en participant « à des discussions stériles concernant un crime matériel qui n'a jamais été commis et n'a pas même fait l'objet d'une tentative » (par. 37). Ils prétendent que l'art. 83.18 va encore plus loin et criminalise [TRADUCTION] « la contribution indirecte et vaine à une activité non terroriste en vue d'accroître la capacité d'un groupe de commettre un acte préalable comme le complot ou l'encouragement à la perpétration, même lorsqu'aucun acte de terrorisme n'est perpétré ou facilité et que l'accusé ignore la nature exacte de l'acte envisagé » (mémoire de l'appelant Nadarajah, par. 43).

[60] Selon moi, l'arrêt *Déry* n'est d'aucune utilité aux appelants. Premièrement, il y est question d'interprétation, et non de limites constitutionnelles. Il appert en effet des motifs de la Cour que le législateur pourrait à son gré créer une infraction de tentative de complot : « La criminalisation de



a crime might well capture cases of feigned agreement, but this sort of change in the law is best left to Parliament” (para. 36).

[61] Second, the reason given in *Déry* for not punishing acts preceding the commission of an inchoate offence is that such acts would not be sufficiently proximate to a substantive offence and the harmful conduct that it seeks to address (see paras. 43-46). Here, there is no problem of remoteness from a substantive offence because Parliament has defined the substantive offence, not as a terrorist act, but as acting in ways that enhance the ability of a terrorist group to carry out a terrorist activity.

[62] I return to the central question: Is s. 83.18 broader than necessary or does it have a grossly disproportionate impact, considering that the state objective is the prevention and prosecution of terrorism? It is true that s. 83.18 captures a wide range of conduct. However, as we have seen, the scope of that conduct is reduced by the requirement of specific intent and the exclusion of conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. On the other side of the scale lies the objective of preventing the devastating harm that may result from terrorist activity. When the tailored reach of the section is weighed against the objective, it cannot be said that the selected means are broader than necessary or that the impact of the section is disproportionate.

[63] I add this. The breadth of the impugned provisions reflects Parliament’s determination that “there is substantive harm inherent in all aspects of preparation for a terrorist act because of the great harm that flows from the completion of terrorist acts”: *R. v. Ahmad* (2009), 257 C.C.C. (3d) 199 (Ont. S.C.J.), at para. 60. In the context of the present analysis, it is appropriate to exhibit due deference to this determination. The criminalization under s. 83.18 of a broad range of interactions that have the potential to — and are intended

la tentative de complot pourrait bien permettre de sanctionner les ententes feintes, mais c’est au législateur qu’il appartient d’introduire dans le droit un changement de cette sorte » (par. 36).

[61] Deuxièmement, la raison invoquée dans l’arrêt *Déry* pour ne pas réprimer l’acte préalable à la perpétration d’une infraction préparatoire est l’absence de proximité suffisante entre l’infraction matérielle et la conduite préjudiciable à réprimer (voir les par. 43-46). En l’espèce, le problème de la proximité des deux éléments ne se pose pas, car le législateur définit l’infraction matérielle non pas comme la perpétration d’un acte terroriste, mais bien comme le fait d’agir de manière à accroître la capacité d’un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste.

[62] Je reviens au point central. L’article 83.18 a-t-il une portée plus grande que nécessaire ou une incidence totalement disproportionnée au vu de l’objectif de l’État de prévenir le terrorisme et de le réprimer? Une vaste gamme de comportements est certes visée par la disposition, mais elle est resserrée par l’exigence légale d’une intention spécifique et l’exclusion de l’acte qu’une personne raisonnable ne tiendrait pas pour susceptible d’accroître sensiblement la capacité d’un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. Sur l’autre plateau de la balance, il y a l’objectif de prévenir le préjudice terrible que peut infliger l’activité terroriste. Lorsque l’on pondère la portée ainsi circonscrite de la disposition et l’objectif de celle-ci, on ne peut pas conclure que le moyen retenu par le législateur a une portée excessive ou une incidence disproportionnée.

[63] J’ajoute que la portée des dispositions contestées résulte de la conclusion tirée par le législateur, à savoir qu’[TRADUCTION] « un préjudice important est inhérent à chacune des facettes de la planification d’un acte terroriste étant donné le grave préjudice causé par celui-ci lorsqu’il est mené à terme » : *R. c. Ahmad* (2009), 257 C.C.C. (3d) 199 (C.S.J. Ont.), par. 60. Dans le cadre de la présente analyse, il convient de déférer à cette conclusion. La criminalisation à l’art. 83.18 d’une grande variété d’interactions susceptibles d’accroître sensiblement

to — materially enhance the abilities of terrorist groups is not grossly disproportionate nor overbroad in relation to the objective of prosecuting and, in particular, of preventing terrorism.

[64] For the foregoing reasons, I conclude that s. 83.18 does not violate s. 7 of the *Charter*.

2. Does the Law, Specifically Section 83.01(1)(b)(i)(A), Infringe Section 2 of the Charter?

(a) Does the Purpose of the Law Violate Freedom of Expression?

[65] The appellants in the companion appeals argue that Part II.1 of the *Criminal Code* criminalizes expressive activity and therefore infringes the s. 2 guarantees of freedom of expression, freedom of religion and freedom of association. A law may limit, or infringe, a right either by its purpose or by its effect. The appellants contend that the terrorism legislation, by its very purpose, limits the rights guaranteed by s. 2 of the *Charter*.

[66] The critical right at issue is freedom of expression, because the s. 2(b) argument as framed is the broadest of the *Charter* infringement claims. If freedom of expression is not infringed, on the facts of this case there is no basis to contend that freedom of religion and association are infringed, as the Court of Appeal observed in this appeal (para. 96).

[67] The activities targeted by the legislation — committing a terrorist activity, assisting in the commission of a terrorist activity, enhancing the ability of others to commit a terrorist activity and instructing others in the commission of a terrorist activity — are in a sense expressive activities. However, violent activities are not protected by s. 2(b): *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. The Crown argues that this extends to all the conduct caught by the terrorism provisions of the *Criminal Code* and that consequently, s. 2(b)

la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter, et qui visent pareil accroissement, n'est pas totalement disproportionnée à l'objectif de réprimer le terrorisme et, en particulier, de le prévenir, et sa portée n'est pas excessive eu égard à cet objectif.

[64] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que l'art. 83.18 ne porte pas atteinte au droit garanti à l'art. 7 de la *Charte*.

2. La Loi, à savoir la div. 83.01(1)(b)(i)(A), porte-t-elle atteinte aux droits garantis à l'art. 2 de la Charte?

a) L'objectif de la Loi va-t-il à l'encontre de la liberté d'expression?

[65] Dans les pourvois connexes, les appelants prétendent que la partie II.1 du *Code criminel* criminalise l'activité expressive et, de ce fait, viole les libertés d'expression, de religion et d'association garanties à l'art. 2. Selon eux, l'objectif ou l'effet d'une loi peut restreindre un droit ou y porter atteinte. Ils ajoutent que les dispositions sur le terrorisme, à cause de leur objectif même, restreignent les droits garantis à l'art. 2 de la *Charte*.

[66] Le principal droit en jeu est celui à la liberté d'expression, car la thèse fondée sur l'al. 2b) est celle dont la portée est la plus étendue parmi les allégations de violation de droits constitutionnels. Comme le fait observer la Cour d'appel dans la présente affaire, s'il n'y a pas d'atteinte à la liberté d'expression, on ne saurait soutenir, au vu des faits de l'espèce, qu'il y a violation des libertés de religion et d'association (par. 96).

[67] Les actes visés par la Loi — se livrer à une activité terroriste, aider à sa poursuite, accroître la capacité d'autrui de s'y livrer et charger quiconque de s'y livrer — sont en quelque sorte des activités expressives. Or, l'activité violente n'est pas protégée par l'al. 2b) : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. Le ministère public prétend que ce principe vaut pour tout acte que répriment les dispositions sur le terrorisme du *Code criminel*, de sorte que les garanties conférées à l'al. 2b) ne s'appliquent pas

protections do not apply to Part II.1 of the *Criminal Code*.

[68] The appellants accept that activity that takes the form of violence is not protected by s. 2(b). However, they argue that the Court of Appeal noted that this Court has not yet set out “the exact parameters of the violence exception to the broad meaning of expressive activity protected by s. 2(b)” (C.A. *Khawaja*, at para. 102). The violence exception, it is argued, should be construed narrowly to exclude from s. 2(b) protection only expressive activity that involves actual physical violence.

[69] The trial judge in the companion cases, Pattillo J., held that the violence exception extends to threats and other acts supporting violent activity. The Court of Appeal in this case found it unnecessary to decide the issue, holding that even if conduct captured by the definition of “terrorist activity” fell within s. 2(b), the conduct would nevertheless not be protected because it undermines the values underlying the right to freedom of expression — the pursuit of truth, participation in society and individual self-fulfillment.

[70] This Court’s jurisprudence supports the proposition that the exclusion of violence from the s. 2(b) guarantee of free expression extends to threats of violence: *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at para. 28; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 107; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 588. As this Court held in *Greater Vancouver Transportation Authority*, “violent expression or threats of violence fall outside the scope of the s. 2(b) guarantee” (para. 28 (emphasis added)). It makes little sense to exclude acts of violence from the ambit of s. 2(b), but to confer protection on threats of violence. Neither are worthy of protection. Threats of violence, like violence, undermine the rule of law. As I wrote in dissent in

aux actes que vise la partie II.1 du *Code criminel*.

[68] Les appelants concèdent que l’activité qui consiste à recourir à la violence n’est pas protégée par l’al. 2b). Ils font toutefois valoir que notre Cour n’a pas encore été appelée à établir [TRADUCTION] « les paramètres précis de la violence qui ne bénéficie pas de la protection que l’al. 2b) accorde à l’activité expressive au sens large » (C.A. *Khawaja*, par. 102). L’exception de la violence devrait selon eux être interprétée strictement afin que seule l’activité expressive qui comporte une véritable violence physique ne bénéficie pas de la protection de l’al. 2b).

[69] Dans les affaires connexes, le juge Pattillo conclut en première instance que l’exclusion de la violence vaut pour la menace et tout autre acte qui vient appuyer l’activité violente. Dans le présent dossier, la Cour d’appel ne juge pas nécessaire de trancher. Elle estime que même si le comportement qui constitue une « activité terroriste » au sens de la Loi bénéficiait de la protection de l’al. 2b), il serait quand même privé de la protection de l’al. 2b) parce qu’il mine les valeurs qui sous-tendent le droit à la liberté d’expression — la recherche de la vérité, la participation à la société et l’épanouissement personnel.

[70] La jurisprudence de la Cour milite en faveur de l’inapplication de la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) non seulement à la violence, mais aussi à la menace de violence : *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 28; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 107; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 588. Comme le dit la Cour dans *Greater Vancouver Transportation Authority*, « l’expression violente ou la menace de recourir à la violence ne bénéficient pas de la garantie constitutionnelle » (par. 28 (je souligne)). Il est peu logique d’exclure l’acte de violence du champ d’application de l’al. 2b), mais de protéger la menace de violence. Ni l’un ni l’autre ne valent d’être protégés. Comme la violence

*R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, threats of violence take away free choice and undermine freedom of action. They undermine the very values and social conditions that are necessary for the continued existence of freedom of expression (pp. 830-31). I therefore reject that the violence exception to s. 2(b) is confined to actual physical violence, without however deciding the precise ambit of the exception. Threats of violence fall outside the s. 2(b) guarantee of free expression.

[71] Most of the conduct caught by the terrorism provisions in Part II.1 of the *Criminal Code* concerns acts of violence or threats of violence. As such, the conduct falls outside the protection of s. 2(b) of the *Charter*. The violent nature of the conduct targeted is clear. Part II.1 prohibits acts of serious violence and threats of such acts, which go beyond the scope of protected expressive activity. A “terrorist activity” is defined as an act or an omission that “intentionally” “causes death or serious bodily harm”, “endangers a person’s life”, “causes a serious risk to the health or safety of the public”, or “causes substantial property damage . . . likely to result” in these bodily harms: s. 83.01(1)(b)(ii)(A), (B), (C) and (D). These acts, and threats to commit them, constitute serious violence or threats of serious violence, and hence are not protected by s. 2(b). The provision also captures counselling, conspiracy and being an accessory after the fact in relation to conduct enumerated in s. 83.01(1)(b)(ii)(A), (B), (C) and (D). I need not decide whether counselling, conspiracy or being an accessory after the fact fall within the violence exception to the free expression guarantee *as a general matter*. In the case of the impugned terrorism provisions, however, the conduct enumerated in s. 83.01(1)(b)(ii)(A), (B), (C) and (D) rises to a high level of gravity. The particular nature of the enumerated conduct justifies treating counselling, conspiracy or being an accessory after the fact to that conduct as being intimately connected to violence — and to the danger to Canadian society that such violence

elle-même, la menace de violence mine la règle de droit. Dissidente dans l’arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, j’y opine que la menace de violence prive de la liberté de choix et compromet la liberté d’action. Elle sape les conditions et les valeurs sociales mêmes qui sont essentielles à la pérennité de la liberté d’expression (p. 830-831). Je rejette donc la prétention selon laquelle l’exception à l’application de l’al. 2b) pour cause de violence ne s’applique qu’à la violence physique exercée *de facto*, mais je ne me prononce pas sur la portée précise de l’exception. La menace de violence ne bénéficie pas de la garantie constitutionnelle de la liberté d’expression.

[71] La plupart des actes qui tombent sous le coup de la partie II.1 du *Code criminel* correspondent à des actes de violence ou à des menaces de violence. Ils ne bénéficient donc pas de la protection de l’al. 2b) de la *Charte*. Le caractère violent des actes visés est manifeste. La partie II.1 frappe d’interdiction l’acte de violence grave et la menace d’un tel acte qui échappent à la portée de l’activité expressive protégée. L’« activité terroriste » se définit comme un acte (action ou omission) qui, « intentionnellement », « cause des blessures graves [. . .] ou la mort », « met en danger la vie d’une personne », « compromet gravement la santé ou la sécurité de tout ou partie de la population » ou « cause des dommages matériels considérables [. . .] dans des circonstances telles qu’il est probable » que des lésions corporelles seront causées : div. 83.01(1)b) (ii)(A), (B), (C) et (D). Un tel acte ou la menace de le commettre constitue un acte de violence grave ou une menace de violence grave, de sorte qu’il n’est pas protégé par l’al. 2b). La disposition vise également l’encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait en liaison avec un acte énuméré aux div. 83.01(1)b)(ii)(A), (B), (C) et (D). Point n’est besoin de décider *de manière générale* si l’encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait sont visés par l’inapplication, pour cause de violence, de la garantie de la liberté d’expression. Cependant, dans le cas des dispositions sur le terrorisme contestées, les actes énumérés aux div. 83.01(1)b)(ii)(A), (B), (C) et (D) revêtent une grande gravité. La nature particulière

represents. Consequently, counselling, conspiracy or being an accessory after the fact to conduct enumerated in s. 83.01(1)(b)(ii)(A), (B), (C) and (D) can find no protection under s. 2(b).

[72] More problematic is the extension of the meaning of “terrorist activity” in s. 83.01(1)(b)(ii)(E), which catches “an act or omission . . . that . . . causes serious interference with or serious disruption of an essential service, facility or system, whether public or private, other than as a result of advocacy, protest, dissent or stoppage of work that is not intended to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C)”. This provision, it is argued, captures “interference” and “disruption” that involve neither violence nor threats of violence, and that thus may be protected by the free expression guarantee of s. 2(b) of the *Charter*.

[73] Read as a whole and purposively, s. 83.01(1)(b)(ii)(E) is confined to the realm of acts of violence and threats of violence. The clause is directed to acts that intentionally interfere with essential infrastructure, upon which people depend, and without which life may be seriously disrupted and public health threatened. First, clause (E) is confined to “serious interference” and “serious disruption”. Second, this disruption must be to an “essential service, facility or system”. Third, the clause specifically excludes “advocacy, protest, dissent or stoppage of work that is not intended to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C)”. Clauses (A) to (C) respectively target death or bodily harm by violence, endangering a person’s life and serious risk to the health or safety of the public. This removes from the ambit of clause (E) a large slice of expressive activity, provided it is not aimed at the

de ces actes justifie que l’on tienne l’encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait pour des actes étroitement liés à la violence ainsi qu’au danger que présente cette violence pour la société canadienne. Dès lors, l’encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait qui est lié à un acte mentionné aux div. 83.01(1)(b)(ii)(A), (B), (C) et (D) ne saurait bénéficier de la protection constitutionnelle prévue à l’al. 2b).

[72] La division 83.01(1)(b)(ii)(E), qui étend la définition d’« activité terroriste » de manière à englober l’acte ou l’omission qui « perturbe gravement ou paralyse des services, installations ou systèmes essentiels, publics ou privés, sauf dans le cadre de revendications, de protestations ou de manifestations d’un désaccord ou d’un arrêt de travail qui n’ont pas pour but de provoquer l’une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C) », se révèle plus problématique. On soutient que cette disposition s’applique aux « perturb[at]ions » et aux « paralys[ies] » qui ne comportent ni violence ni menace de violence et qui pourraient donc bénéficier de la protection de la liberté d’expression prévue à l’al. 2b) de la *Charte*.

[73] Interprétée globalement et téléologiquement, la div. 83.01(1)(b)(ii)(E) ne vise que les actes de violence et les menaces de violence. Elle a dans sa mire la personne qui perturbe intentionnellement des infrastructures indispensables dont dépendent les gens et sans lesquelles la vie peut être gravement bouleversée et la santé publique, menacée. Premièrement, la div. (E) ne s’applique qu’à la perturbation grave et à la paralysie. Deuxièmement, il doit s’agir de la paralysie de « services, installations ou systèmes essentiels ». Troisièmement, elle exclut expressément les « revendications, [. . .] protestations ou [. . .] manifestations d’un désaccord ou [. . .] un arrêt de travail qui n’ont pas pour but de provoquer l’une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C) ». Ces divisions visent respectivement les blessures corporelles ou la mort qui résultent de l’usage de la violence, la mise en danger de la vie d’une personne et le fait de compromettre

violent, dangerous ends contemplated in clauses (A) to (C).

[74] I am not persuaded on the submissions before us that the activities targeted by s. 83.01(1)(b)(ii)(E) fall within the protected zone of free expression. This said, I would not rule out the possibility that s. 83.01(1)(b)(ii)(E) might in some future case be found to capture protected activity. In such a case, the issue would be whether the incursion on free expression is justified under s. 1 of the *Charter*.

[75] I conclude that the purpose of the law does not infringe freedom of expression.

(b) *Does the Effect of the Law Violate Freedom of Expression?*

[76] The appellants all argue that s. 83.01(1)(b)(i)(A), the motive clause, is unconstitutional because (1) it has the effect of chilling the exercise of freedom of expression, freedom of religion and freedom of association; and (2) it would legitimize law enforcement action aimed at scrutinizing individuals based on their religious, political or ideological beliefs. The trial judge in this case accepted this argument and severed the motive clause; the Court of Appeal disagreed and restored it.

[77] The Crown responds that there is no evidence of a chilling effect on expression or of illegitimate targeting. The respondent further argues that the conduct caught by the provisions is not protected by the s. 2(b) guarantee, as it amounts to violence or threats of violence and does not fall within the purposes that underlie the guarantee. If there is no chilling effect with respect to the exercise of freedom of expression, there can be none with respect to freedom of religion or association.

[78] The first question is what sort of evidentiary basis is required to establish that legislation

gravement la santé ou la sécurité de la population, ce qui soustrait à l'application de la div. (E) un large pan de l'activité expressive, à condition qu'elle n'ait pas pour but les situations empreintes de violence mentionnées aux div. (A) à (C).

[74] Les appelants ne me convainquent pas que les activités visées à la div. 83.01(1)(b)(ii)(E) se situent dans la zone protégée au titre de la liberté d'expression. Cela dit, je n'exclus pas la possibilité que, dans une affaire ultérieure, on arrive à la conclusion que cette disposition réprime une activité protégée. Il s'agira alors de déterminer si la restriction de la liberté d'expression est justifiée suivant l'article premier de la *Charte*.

[75] Je conclus que l'objectif de la Loi ne porte pas atteinte à la liberté d'expression.

(b) *L'effet de la Loi va-t-il à l'encontre de la liberté d'expression?*

[76] Les appelants prétendent que la div. 83.01(1)(b)(i)(A), à savoir la disposition relative au mobile, est inconstitutionnelle (1) parce qu'elle a un effet paralysant sur l'exercice des libertés d'expression, de religion et d'association et (2) qu'elle légitime une mesure d'application de la Loi qui soumet des personnes à une surveillance étroite en raison de leurs convictions religieuses, politiques ou idéologiques. Dans la présente affaire, le juge du procès fait droit à sa thèse et retranche de la Loi la disposition relative au mobile. La Cour d'appel exprime l'avis contraire et rétablit la disposition.

[77] Le ministère public rétorque qu'aucun élément ne prouve un effet paralysant sur la liberté d'expression ou un ciblage illégitime. Il ajoute que le comportement visé par la disposition n'est pas protégé par l'al. 2b), car il équivaut à perpétrer un acte de violence ou à proférer une menace de violence, ce qui ne fait pas partie de la raison d'être de la garantie constitutionnelle. S'il n'y a pas d'effet paralysant sur l'exercice de la liberté d'expression, il ne peut y en avoir un sur l'exercice des libertés de religion ou d'association.

[78] Il faut d'abord déterminer quel type de preuve est requis pour établir que la loi a un effet

has a chilling effect on the exercise of s. 2 freedoms. The appellants say that a chilling effect can be inferred on the basis of logic, common sense and the academic literature, as the trial judge did. The respondent says that there must be proof of a chilling effect in the form of credible empirical or anecdotal evidence, as the Court of Appeal held.

[79] In some situations, a chilling effect can be inferred from known facts and experience. For example, no reasonable person would dispute that a law that makes the press liable in damages for responsible reporting on political figures will probably have a chilling effect on what the press says. In such a case, it may be unnecessary to call evidence of a chilling effect. Therefore, if the Court of Appeal is understood as suggesting that a claimant under s. 2 of the *Charter* must always call evidence of a chilling effect, I could not agree.

[80] However, in this case, it is impossible to infer, without evidence, that the motive clause will have a chilling effect on the exercise of s. 2 freedoms by people holding religious or ideological views similar to those held by some terrorists. The reasons of the Court of Appeal detail why such an inference cannot be made.

[81] First, a causal connection between the motive clause and the chilling of expression of religious or ideological views has not been demonstrated. The chill in the expression of religious and ideological views referred to by the trial judge flowed from the post-“9/11” climate of suspicion, not from the motive clause in the terrorism legislation.

[82] Second, a chilling effect that results from a patently incorrect understanding of a provision cannot ground a finding of unconstitutionality. Indeed, the motive clause would only have a chilling effect on individuals who have cursory or incomplete knowledge of s. 83.01. Anyone

paralysant sur l'exercice des libertés garanties à l'art. 2. Les appelants soutiennent qu'on peut conclure à l'existence d'un tel effet en se fondant, comme le juge du procès, sur la logique, le bon sens et la doctrine. L'intimé convient pour sa part avec la Cour d'appel que l'existence d'un effet paralysant doit être prouvée au moyen de données empiriques fiables.

[79] Dans certains cas, l'existence de l'effet paralysant peut être inférée de faits connus et d'observations antérieures. Par exemple, toute personne raisonnable conviendrait qu'une loi rendant les journalistes passibles de dommages-intérêts en cas de reportages réalisés de manière responsable sur des hommes ou des femmes politiques aurait probablement un effet paralysant sur le travail journalistique. Dans un tel cas, il peut être inutile de prouver l'effet paralysant. Par conséquent, je ne peux être d'accord avec la Cour d'appel dans la mesure où elle laisse entendre que la personne qui invoque l'art. 2 de la *Charte* doit toujours prouver l'effet paralysant.

[80] Or, en l'espèce, sans éléments de preuve, il est impossible d'inférer que la disposition relative au mobile a un effet paralysant sur l'exercice des libertés garanties à l'art. 2 par les personnes dont les convictions religieuses ou idéologiques s'apparentent à celles de certains terroristes. Les motifs de la Cour d'appel exposent en détail les raisons pour lesquelles on ne peut tirer une telle inférence.

[81] Premièrement, on n'a démontré aucun lien de causalité entre la disposition relative au mobile et la réticence à exprimer des opinions de nature religieuse ou idéologique. L'effet paralysant sur l'expression de telles opinions dont fait mention le juge du procès découle du climat de méfiance créé par les attentats du 11 septembre 2001, non pas de la disposition de la Loi relative au mobile.

[82] Deuxièmement, l'effet paralysant causé par l'interprétation manifestement erronée d'une disposition ne saurait justifier une conclusion d'inconstitutionnalité. La disposition relative au mobile ne peut en effet avoir d'effet paralysant que sur une personne qui n'a qu'une connaissance superficielle

who reads the entire provision will take notice of s. 83.01(1.1), which expressly declares that “terrorist activity” within the meaning of the *Criminal Code* does not include the non-violent expression of a political, religious or ideological thought, belief or opinion. Only individuals who go well beyond the legitimate expression of a political, religious or ideological thought, belief or opinion, and instead engage in one of the serious forms of violence — or threaten one of the serious forms of violence — listed in s. 83.01(1)(b)(ii) need fear liability under the terrorism provisions of the *Criminal Code*.

[83] Third, any chilling effect that results from police misconduct, such as profiling based exclusively on ethnicity or religious belief, is not a chill created by the terrorism legislation. I agree with the following statement made by the Court of Appeal, at para. 134:

Nor can improper conduct by the state actors charged with enforcing legislation render what is otherwise constitutional legislation unconstitutional. Where the problem lies with the enforcement of a constitutionally valid statute, the solution is to remedy that improper enforcement, not to declare the statute unconstitutional: *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000 SCC 69,] [2000] 2 S.C.R. 1120, . . . at paras. 133-35.

Criminal liability should not be based on a person’s political, religious or ideological views. Police should not target people as potential suspects solely because they hold or express particular views. Nor should the justice system employ improper stereotyping as a tool in legislation, investigation or prosecution. In the present case, the impugned provision is clearly drafted in a manner respectful of diversity, as it allows for the non-violent expression of political, religious or ideological views. It raises no concerns with respect to improper stereotyping.

[84] For these reasons, I agree with the Court of Appeal that the appellants have not established that

ou incomplète de l’art. 83.01. La personne qui lit l’article en entier prend connaissance du par. 83.01(1.1), qui dispose expressément qu’une « activité terroriste » au sens du *Code criminel* ne s’entend pas de l’expression pacifique d’une pensée, d’une croyance ou d’une opinion de nature politique, religieuse ou idéologique. Seule la personne qui ne s’en tient pas à l’expression légitime d’une telle pensée, croyance ou opinion et qui se livre plutôt à quelque acte de violence grave énuméré au sous-al. 83.01(1)(b)(ii) ou qui menace autrui de le faire doit craindre d’engager sa responsabilité sous le régime des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel*.

[83] Troisièmement, l’effet paralysant résultant d’une faute policière, tel le profilage fondé uniquement sur l’appartenance ethnique ou la confession religieuse, ne saurait être imputé aux dispositions sur le terrorisme. Je souscris à l’extrait suivant des motifs de la Cour d’appel, au par. 134 :

[TRADUCTION] Le comportement inapproprié des représentants de l’État qui veillent à l’application de la loi ne peut pas non plus rendre inconstitutionnel ce qui est par ailleurs constitutionnel. Lorsque le problème a trait à l’application d’une loi constitutionnelle, la solution consiste à remédier à l’application inappropriée, et non à déclarer la loi inconstitutionnelle : *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000 CSC 69,] [2000] 2 R.C.S. 1120, [. . .] par. 133-135.

La responsabilité criminelle d’une personne ne doit pas prendre appui sur ses convictions de nature politique, religieuse ou idéologique. La police ne doit pas soupçonner une personne pour le seul motif que celle-ci a ou exprime telle ou telle conviction. Le système de justice doit également s’abstenir de recourir à l’application inopportune de stéréotypes pour légiférer, faire enquête ou engager une poursuite. En l’espèce, le libellé de la disposition contestée respecte clairement la diversité en ce qu’il permet l’expression pacifique d’opinions de nature politique, religieuse ou idéologique. Il ne fait nullement craindre l’application inopportune de stéréotypes.

[84] C’est pourquoi je conviens avec la Cour d’appel que les appelants n’ont pas établi l’effet



the motive clause has a chilling effect on the exercise of s. 2 liberties and results in an infringement of s. 2 of the *Charter*. The motive clause is constitutional and need not be excised from the law, as the trial judge held. This is not altered by the fact that terrorist legislation in some countries does not contain a motive clause, or by the argument that the clause is unnecessary to the Canadian legislative scheme.

### 3. Conclusion on the Constitutionality of the Law

[85] I conclude that the impugned provisions do not infringe s. 7 or s. 2 of the *Charter*. It is therefore unnecessary to consider s. 1 of the *Charter*.

#### B. *Was the Law Correctly Applied?*

##### 1. Did the Deletion and Subsequent Re-insertion of the Motive Clause Make the Trial and Convictions Unfair?

[86] The trial judge found the motive clause unconstitutional and severed it. The trial proceeded on the basis that this clause was removed from the legislation, and the accused was convicted on the charges from which he appeals. The Court of Appeal held that the motive clause is constitutional and should not have been severed. It nevertheless upheld the convictions under the curative proviso of the *Criminal Code*, s. 686(1)(b)(iii), on the ground that the trial judge concluded that motive had been proven in any event.

[87] The appellant argues that the removal and later re-insertion of the motive clause made his trial and the convictions unfair. He argues that he has been convicted of different crimes on appeal than those he faced at trial. The curative proviso cannot be applied, he argues, to errors committed by a trial judge that compromise the fairness of the trial. By convicting the appellant of different charges (i.e. under different provisions) than he faced at trial,

paralysant de la disposition relative au mobile sur l'exercice des libertés garanties à l'art. 2, ni son atteinte aux droits que consacre l'art. 2 de la *Charte*. La disposition est constitutionnelle et n'a pas à être retranchée de la Loi, contrairement à la décision du juge du procès. Ni l'inexistence dans les lois sur le terrorisme de certains pays d'une disposition relative au mobile, ni la thèse de l'inutilité de la disposition contestée dans le régime législatif canadien ne sauraient réfuter cette conclusion.

### 3. Conclusion sur la constitutionnalité de la Loi

[85] Je conclus que les dispositions contestées ne violent pas les droits garantis aux art. 7 ou 2 de la *Charte*. Il est donc inutile d'examiner l'article premier de celle-ci.

#### B. *La Loi a-t-elle été appliquée correctement?*

##### 1. L'invalidation de la disposition relative au mobile puis son rétablissement ultérieur ont-ils rendu inéquitable le procès et les déclarations de culpabilité?

[86] Le juge du procès tient pour inconstitutionnelle la disposition relative au mobile et il la retranche de la Loi. Il instruit le procès sur cette base et déclare l'accusé coupable des accusations portées. Saisie de l'appel de cette décision, la Cour d'appel statue que la disposition est constitutionnelle et qu'elle n'aurait pas dû être retranchée. Elle confirme néanmoins les déclarations de culpabilité en application de la disposition réparatrice du *Code criminel*, le sous-al. 686(1)(b)(iii), au motif que le juge du procès a estimé que le mobile était de toute façon prouvé.

[87] L'appelant prétend que le retranchement de la disposition relative au mobile puis son rétablissement ont rendu inéquitable le procès et les déclarations de culpabilité. Il soutient avoir été déclaré coupable de crimes différents en appel et en première instance. Selon lui, la disposition réparatrice ne peut s'appliquer aux erreurs du juge de première instance qui compromettent l'équité du procès. En le déclarant coupable d'autres accusations (soit sur

the Court of Appeal ran afoul of this principle. The appellant says that had motive been an essential element of the offence at trial, he would have testified in his own defence to raise a reasonable doubt.

[88] I cannot accept the appellant's submissions. First, the trial judge made a specific factual finding that the motive component of the definition of terrorist activity had been proved beyond a reasonable doubt, which suffices to fully support the motive requirement of the convictions. At para. 89, he stated:

... I consider my pre-trial ruling [concerning the constitutionality of the motive clause] to have no real effect on the case. I say that because there is such an abundance of evidence that what was being done by Khawaja, Babar, Khyam, and his associates was clearly motivated "in whole or in part for a political, religious or ideological purpose, objective or cause." Whether that is an essential ingredient of these offences or not, it has been abundantly proven. [Emphasis added.]

[89] Second, the evidence of motive and the appellant's knowledge that the motive was shared by him and the Khyam terrorist cell was overwhelming and essentially undisputed. The appellant's extremist religious ideology suffused his actions and emails. He literally describes dedicating his life to violent jihad. His own correspondence established beyond dispute that his religious motive was shared by Khyam and the other "bros" in the terrorist cell, and that the appellant was aware of that fact. The appellant's motives were, simply put, beyond reasonable doubt.

[90] Third, there is no air of reality to the appellant's statement that he could have taken the stand and testified to raise a reasonable doubt on motive, had the clause not been struck. The facts just recited completely undermine the idea that it would have been possible for the appellant to offer testimony putting in doubt his knowledge that the

le fondement de dispositions différentes) que celles considérées au procès, la Cour d'appel serait allée à l'encontre de ce principe. L'appellant affirme que si le mobile avait constitué un élément essentiel de l'infraction au procès, il aurait témoigné pour sa propre défense afin de soulever un doute raisonnable.

[88] Je ne peux faire droit à ces arguments. Premièrement, au chapitre des faits, le juge du procès conclut précisément que le volet de la définition d'activité terroriste qui correspond au mobile est prouvé hors de tout doute raisonnable, ce qui étaye suffisamment cet élément des infractions pour lesquelles il y a déclaration de culpabilité. Il dit aussi ce qui suit, au par. 89 :

[TRADUCTION] ... j'estime que ma décision préalable [concernant la constitutionnalité de la disposition relative au mobile] n'a pas véritablement d'effet sur l'issue de l'affaire. Et ce, parce que de nombreux éléments prouvent que les actes de Khawaja, de Babar, de Khyam et de leurs acolytes étaient manifestement perpétrés au nom —« exclusivement ou non — d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique ». Qu'il s'agisse ou non d'un élément essentiel de ces infractions, il est clairement prouvé. [Je souligne.]

[89] Deuxièmement, la preuve du mobile et du fait que l'appellant savait que les membres de la cellule terroriste de Khyam et lui partageaient ce mobile était accablante et non contestée pour l'essentiel. Les actes et les courriels de l'appellant trahissaient son idéologie religieuse extrémiste. Il dit carrément consacrer sa vie au jihad armé. Sa propre correspondance établit sans l'ombre d'un doute que Khyam et ses autres « frères » de la cellule terroriste partageaient son mobile de nature religieuse et qu'il le savait. En clair, le mobile de l'appellant était établi hors de tout doute raisonnable.

[90] Troisièmement, l'affirmation de l'appellant selon laquelle il se serait présenté à la barre et aurait témoigné afin de soulever un doute raisonnable quant au mobile si la disposition n'avait pas été invalidée n'a aucune vraisemblance. Les éléments susmentionnés écartent toute possibilité que l'appellant témoigne de manière à soulever un doute sur sa

Khyam terrorist cell shared his religious motivation and commitment to violent jihad.

[91] Fourth, it is disingenuous of the appellant to claim that, but for the pre-trial ruling on the constitutionality of the motive clause, he would have made different tactical decisions during the course of his trial. Although the pre-trial ruling removed motive as a legal issue, motive remained a live factual issue. Crown evidence regarding motive had the potential to ground inferences with respect to the legal issues of knowledge and intent to enhance the abilities of a terrorist group to carry on or facilitate a terrorist activity. There is simply no credible basis on which to conclude that the appellant's defence would have been conducted differently absent pre-trial severance of the motive clause.

[92] In essence, this is a case where no prejudice flowed from the re-insertion of an essential element of the offence on appeal. It is abundantly clear that the trial judge would have convicted with or without the motive clause, and it is irrational to suppose that the overwhelming evidence of religious, political and ideological motivation could have been challenged.

[93] This is an exceptional result, appropriate in the exceptional circumstances of this case. Generally speaking, if an appellate court finds that the offence for which an appellant was convicted includes an additional essential element, fairness would require ordering a new or directed trial. In this particular case, however, this Court can be confident that the appellant suffered no prejudice deserving of a new trial only because the evidence on the additional element of the offence was overwhelming, as indeed the trial judge found, and it is plain that the appellant's strategy would not have changed had the element been recognized at trial.

connaissance du fait que les membres de la cellule terroriste de Khyam et lui avaient la même motivation religieuse et le même degré d'engagement dans le jihad armé.

[91] Quatrièmement, l'affirmation de l'appellant selon laquelle, si la disposition relative au mobile n'avait pas été jugée inconstitutionnelle avant le procès, sa stratégie de défense aurait été différente, n'est pas digne de foi. Cette décision préliminaire a certes soustrait le mobile aux questions de droit soulevées, mais non aux questions de fait qui se posaient toujours. La preuve du poursuivant quant au mobile était susceptible de fonder des inférences au chapitre de la connaissance de l'accusé et de son intention d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. Il n'y a tout simplement pas de fondement valable pour conclure que l'appellant aurait présenté une défense différente si la disposition sur le mobile n'avait pas été retranchée avant le procès.

[92] En somme, le rétablissement en appel d'un élément essentiel de l'infraction n'a causé aucun préjudice en l'espèce. Il ne fait pas de doute que le juge du procès aurait reconnu l'appellant coupable des accusations que la disposition relative au mobile ait existé ou non, et il est illogique de supposer que la preuve accablante du mobile religieux, politique ou idéologique pouvait être repoussée.

[93] Notre décision à ce titre revêt un caractère exceptionnel, mais opportun dans les circonstances elles aussi exceptionnelles de l'espèce. En règle générale, lorsqu'un tribunal d'appel conclut que l'infraction dont l'appellant a été déclaré coupable comprend un élément essentiel supplémentaire, l'équité exige qu'elle ordonne un nouveau procès ou un verdict imposé. Or, dans la présente affaire, la Cour peut avoir la certitude que l'appellant n'a pas subi de préjudice justifiant la tenue d'un nouveau procès, ne serait-ce que parce que la preuve de l'élément supplémentaire de l'infraction était accablante, comme le conclut effectivement le juge du procès, et qu'il est évident que la stratégie de l'appellant n'aurait pas été différente si l'élément avait été retenu au procès.

[94] I would dismiss the argument that the Court of Appeal erred in applying the curative proviso and upholding the convictions.

2. Does the Armed Conflict Exception Apply?

[95] Counts 3 to 7 arguably dealt with insurgent activities in relation to Afghanistan. The appellant claims that to the extent that his involvement with these activities was shown, he fell within the armed conflict exception to the definition of terrorist activity. The appellant contends that the onus was on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that he did not fall within the armed conflict exception, and that the Crown did not do this.

[96] The trial judge held that the appellant was not engaged in armed conflict, because his conduct did not fall within the definition of the term, and because there was no armed conflict underway in Canada, Pakistan and the United Kingdom, where the alleged acts were carried out. He took judicial notice of the conflict in Afghanistan and of the counter-insurgency against the government and the civilian population. The Court of Appeal affirmed the propriety of taking judicial notice and the finding that the alleged activities did not fall within the armed conflict exception. However, it held that the trial judge erred in holding that the armed conflict exception is restricted to acts or omissions carried out within the territorial limits of an area of armed conflict.

[97] A number of sub-issues emerge. The first is whether the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the armed conflict exception is inapplicable. The second concerns the use of judicial notice to decide whether the alleged acts fall within a particular armed conflict or not. The third is the scope of the armed conflict exception to the definition of terrorist activity.

[98] On the burden of proof, the Crown bears the burden of proving beyond a reasonable doubt that

[94] Je suis d'avis de rejeter la prétention voulant que la Cour d'appel ait eu tort d'appliquer la disposition réparatrice et de confirmer les déclarations de culpabilité.

2. L'exception relative au conflit armé s'applique-t-elle?

[95] Il est possible de soutenir que les chefs d'accusation 3 à 7 ont trait à des activités insurrectionnelles en Afghanistan. L'appellant prétend que, dans la mesure où sa participation à ces activités est démontrée, il bénéficie de l'exception à l'application de la définition d'activité terroriste prévue pour le conflit armé. Il ajoute qu'il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable qu'il n'en bénéficie pas, ce dont il ne s'est pas acquitté.

[96] Le juge du procès conclut que l'appellant n'a pas participé à un conflit armé parce que ses actes ne répondaient pas à la définition pertinente et qu'il n'y avait pas de conflit armé au Canada, au Pakistan et au Royaume-Uni, les pays dans lesquels les actes reprochés ont eu lieu. Il prend connaissance d'office du conflit en Afghanistan et de la contre-insurrection dirigée contre le gouvernement et la population civile. La Cour d'appel opine qu'il y avait lieu de recourir à la connaissance d'office et de conclure que les activités reprochées ne s'inscrivaient pas dans un conflit armé. Elle statue toutefois que le juge du procès a tort de conclure que l'exception du conflit armé ne vaut que pour les actions ou les omissions qui interviennent à l'intérieur des limites territoriales où sévit un conflit armé.

[97] Un certain nombre de sous-questions se posent. Premièrement, le ministère public doit-il prouver hors de tout doute raisonnable l'inapplication de l'exception du conflit armé? Deuxièmement, y a-t-il lieu de recourir à la connaissance d'office pour décider si les actes reprochés ont été accomplis ou non dans le cadre d'un conflit armé? Troisièmement, quelle est la portée de l'exception du conflit armé prévue dans la définition d'activité terroriste?

[98] En ce qui concerne le fardeau de preuve, il incombe au ministère public de prouver hors de

the acts alleged against an accused fall within the definition of terrorist activity. The ultimate burden of showing this is on the Crown, and any reasonable doubt must be resolved in the accused's favour. However, the armed conflict exception functions as a defence. The accused must raise the exception and make a *prima facie* case that it applies. In the present appeal, the accused could not make a *prima facie* case that the exception applied, as there was no evidential foundation to support its applicability. There was simply no air of reality to the claim that the armed conflict exception applied.

[99] On the second issue, I agree with the courts below that judicial notice could be taken of the ongoing war in Afghanistan and the counter-insurgency acts in that country which, subject to the armed conflict exception, meet the definition of terrorist activity. These facts were beyond contestation, and thus meet the test for judicial notice.

[100] The critical question in this case is whether the conduct of the appellant, as found by the trial judge, falls within the scope of the armed conflict exception. Like the courts below, I conclude that it did not. The purpose of the armed conflict exception is to exempt conduct taken during an armed conflict in accordance with applicable international law. There is no evidential foundation for the application of this exception in the present case: the conduct cannot be said to have been taken solely in support of an armed conflict, nor was it in accordance with applicable international law.

[101] First, the trial judge expressly found that the appellant knew that the Khyam group's terrorist activities extended beyond the armed conflict in Afghanistan, and supported these terrorist objectives (paras. 130-31). Thus, the appellant's actions were not "directed solely at supporting the insurgency in Afghanistan" (C.A., at para. 168). Even if the appellant's efforts with respect to Afghanistan could be considered part of an armed conflict governed by international law, the verdicts would stand.

tout doute raisonnable que les actes reprochés à l'accusé correspondent à la définition d'activité terroriste. C'est à lui de le prouver, et tout doute raisonnable joue en faveur de l'accusé. Toutefois, l'exception du conflit armé offre un moyen de défense. L'accusé doit la faire valoir et prouver *prima facie* qu'elle s'applique. Dans le présent dossier, l'accusé ne pouvait s'acquitter de cette obligation, car aucune preuve n'était l'applicabilité de l'exception. L'application de l'exception du conflit armé n'était tout simplement pas vraisemblable.

[99] En ce qui concerne le deuxième point, je conviens avec les tribunaux inférieurs qu'on pouvait prendre connaissance d'office de la guerre en cours en Afghanistan et des activités de contre-insurrection qui y ont lieu et qui, sous réserve de l'exception du conflit armé, répondent à la définition d'activité terroriste. Ces faits ne peuvent être contestés et satisfont donc aux exigences de la connaissance d'office.

[100] En l'espèce, il est crucial de savoir si l'exception du conflit armé s'applique aux actes accomplis par l'appellant, selon le juge du procès. À l'instar des tribunaux inférieurs, je réponds par la négative. Cette exception vise à exclure les actes commis dans le cadre d'un conflit conformément au droit international applicable. L'application de cette exception en l'espèce n'a pas de fondement dans la preuve : on ne peut affirmer que les actes ont été accomplis uniquement à l'appui d'une partie à un conflit armé, ni conformément au droit international applicable.

[101] D'abord, le juge du procès conclut expressément que l'appellant savait que les activités terroristes du groupe de Khyam débordaient le cadre du conflit armé sévissant en Afghanistan et qu'il partageait les visées terroristes du groupe (par. 130-131). Partant, ses actes ne [TRADUCTION] « visaient [pas] uniquement à appuyer l'insurrection en Afghanistan » (C.A., par. 168). Même si les activités de l'appellant liées à ce pays pouvaient être imputées à un conflit armé régi par le droit international, les verdicts demeureraient inchangés.

[102] Second, the evidence is overwhelmingly contrary to the proposition that the appellant's acts were part of an armed conflict governed by international law. There is no air of reality to the suggestion that the appellant believed that the Khyam group intended to act in compliance with international law, or that he cared if it did. The evidence showed only that "the appellant was a fervent purveyor of hatred, anti-Semitism, religious bigotry and adulation for mass atrocities, who was making detonators, and providing other support, for 'amazing bros . . . who felt the same way'" (R.F., at para. 39). The violent jihadist ideology espoused by the appellant in his numerous communications is fundamentally incompatible with international law. The Geneva Conventions prohibit acts aimed at spreading terror amongst civilian populations, which are considered war crimes. The appellant, by contrast, did what he did in support of a group whose credo was to take arms against whoever supports non-Islamic regimes and that recognized that suicide attacks on civilians may sometimes be justified by the ends of jihad.

[103] This was the evidence before the trial judge. Uncontradicted, it established beyond a reasonable doubt that the appellant's conduct did not fall within the armed conflict exception to the definition of terrorist activity.

### 3. Were the Verdicts Unreasonable?

[104] The appellant contends that the convictions for counts 3 to 7 are unreasonable for three reasons: (1) the Crown failed to establish his knowledge of the U.K. bomb plot; (2) there is no evidence that he knew that the Khyam group was a terrorist group; and (3) the Crown failed to prove the necessary particulars of these counts.

[105] These submissions are without merit. Counts 3 to 7 were not confined to the U.K. bomb plot. The trial judge appropriately convicted the appellant only of included offences of making an explosive with respect to the U.K. plot (counts 1

[102] Ensuite, de solides éléments de preuve réfutent la thèse que les actes de l'appellant s'inscrivaient dans le cadre d'un conflit armé régi par le droit international. Il est invraisemblable que l'appellant ait cru que le groupe de Khyam comptait respecter le droit international ou qu'il s'en soit soucié. La preuve établit uniquement que [TRADUCTION] « l'appellant propageait avec ardeur haine, antisémitisme et fanatisme religieux, qu'il idéalisait la perpétration d'atrocités massives, qu'il fabriquait des détonateurs et qu'il aidait par ailleurs ses "frères extraordinaires [. . .] qui partageaient le même sentiment" » (m.i., par. 39). L'idéologie du jihad armé à laquelle souscrit l'appellant dans ses nombreuses communications est foncièrement incompatible avec le droit international. Les conventions de Genève interdisent les actes qui consistent à semer la terreur parmi les populations civiles et elle les assimile à des crimes de guerre. Or, l'appellant a accompli ses actes afin d'aider un groupe voué à la lutte armée contre tous ceux qui appuient les régimes non islamiques et pour qui les fins du jihad peuvent parfois justifier un attentat suicide contre des civils.

[103] Voilà la preuve dont disposait le juge du procès. Non contredite, elle établit hors de tout doute raisonnable que l'appellant ne bénéficie pas de l'exception à l'application de la définition d'activité terroriste prévue pour le conflit armé.

### 3. Les verdicts sont-ils déraisonnables?

[104] L'appellant invoque trois motifs pour lesquels les déclarations de culpabilité relatives aux chefs d'accusation 3 à 7 seraient déraisonnables : (1) le ministère public n'a pas prouvé qu'il était au courant du complot de faire exploser une bombe au R.-U., (2) aucun élément ne prouve qu'il savait que le groupe de Khyam était un groupe terroriste et (3) le ministère public n'a pas prouvé les éléments constitutifs des infractions.

[105] Ces prétentions sont sans fondement. Les chefs 3 à 7 ne visaient pas que le complot d'attentat à l'explosif au R.-U. À juste titre, le juge du procès ne déclare l'appellant coupable que d'infractions incluses liées à la fabrication d'un engin explosif

and 2). Second, the trial judge, amply supported by the evidence, expressly found that the Khyam group was a terrorist group within the definition in the *Criminal Code* and that the appellant was aware of the terrorist objectives and knowingly supported and participated in them. Finally, much of the argument on unreasonable verdict is premised on the armed conflict exception, which cannot succeed for the reasons discussed above.

C. *Did the Court of Appeal Err in Overturning the Sentence Imposed by the Trial Judge and Substituting a Term of Life Imprisonment?*

1. The Trial Judge's Sentence

[106] The trial judge found the appellant guilty of seven offences. On the first two counts, he held that the appellant's knowledge of the U.K. bomb plot was not proved and convicted him only for acts related to the development of the "hifidigimonster" for unspecified bombings. On counts 3 to 7, he convicted the appellant for various acts related to the Khyam group's terrorist activity.

[107] The trial judge sentenced the appellant to 10 and a half years of imprisonment in addition to the 5 years he had already served in custody. He held that the appellant should be sentenced in respect of only one of the offences included in counts 1 and 2 on the *Kienapple* principle, since both related to the same acts — development of the "hifidigimonster".

[108] The trial judge reviewed the principles and purposes of sentencing and stated that in terrorism cases, denunciation, general deterrence and public protection should be emphasized over personal deterrence and rehabilitation. He concluded that in the absence of any evidence bearing on rehabilitation, this factor did not attract weight, and noted the gravity of the offences and the aggravating effect of the appellant's motivation.

en vue de l'attentat projeté au R.-U. (chefs 1 et 2). En outre, se fondant sur une preuve abondante, le juge conclut expressément que le groupe de Khyam est un groupe terroriste au sens de la définition du *Code criminel*, que l'appellant connaissait les objectifs terroristes de ce groupe et qu'il a sciemment contribué à leur réalisation. Enfin, la thèse du verdict déraisonnable prend en grande partie appui sur l'exception du conflit armé, laquelle ne saurait s'appliquer en l'espèce pour les motifs énoncés précédemment.

C. *La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'annuler la peine imposée en première instance et de lui substituer l'emprisonnement à perpétuité?*

1. La peine imposée en première instance

[106] Le juge du procès déclare l'appellant coupable de sept infractions. En ce qui concerne les deux premiers, il estime que sa connaissance du complot d'attentat à la bombe au R.-U. n'est pas prouvée et il le reconnaît seulement coupable des actes liés à la mise au point du « hifidigimonster » destiné à d'éventuels attentats à l'explosif. Quant aux chefs 3 à 7, il déclare l'appellant coupable de divers actes liés aux activités terroristes du groupe de Khyam.

[107] Le juge du procès condamne l'appellant à 10 ans et demi d'emprisonnement en sus des 5 années déjà purgées. Il estime que, suivant le principe de l'arrêt *Kienapple*, l'appellant ne doit être condamné que pour une des infractions comprises dans les deux premiers chefs, puisque les deux se rattachent aux mêmes actes, à savoir la mise au point du « hifidigimonster ».

[108] Le juge examine les principes et les objectifs de la détermination de la peine et il affirme que, dans les affaires de terrorisme, la dénonciation, la dissuasion générale et la protection du public l'emportent sur la dissuasion de l'individu et sa réinsertion sociale. Il conclut que, en l'absence de preuve s'y rapportant, la réinsertion n'est pas prise en compte, puis il souligne la gravité des infractions et l'effet aggravant de la motivation de l'appellant.

[109] The trial judge rejected the Crown's argument that the appellant should receive the same sentence imposed in the U.K. on Khyam, one of the leaders of the London bomb plot, because the appellant's participation was at a lower level and did not merit life imprisonment. The trial judge referred, in his reasons for sentence, to the "amateurish effort[s]" of the appellant (para. 33), and found that Khyam and his associates "were away out in front" of the appellant, who was but "a willing helper and supporter" (para. 37).

[110] The trial judge noted that s. 83.26 of the *Criminal Code* requires that consecutive sentences be imposed for terrorism offences. However, he held that this was subject to the "totality principle" that the combined sentence should not be unduly long or harsh and should not exceed the overall culpability of the offender.

[111] The trial judge declined to give the appellant strict "two for one" credit for time served, in view of the need to denounce the conduct. However, he took into account generally the fact that the appellant had already spent five years confined to a detention centre not suited to long-term imprisonment. Similarly, without adopting a precise mathematical formula, he gave some credit for the appellant's admissions at trial.

[112] In conclusion, the trial judge imposed the following sentence amounting to a total of 10 and a half years of imprisonment: 4 years for count 1; 2 years for count 3; 2 years for count 4; 2 years for count 5; and 3 months for each of counts 6 and 7. He added the following terms: no parole eligibility for 5 years; a mandatory DNA order (stayed pending appeal); and a lifetime order prohibiting possession of firearms.

## 2. The Court of Appeal's Sentence

[113] The Court of Appeal found three errors of principle in the trial judge's sentencing and increased the sentence to life imprisonment for

[109] Le juge rejette la prétention du ministère public selon laquelle l'appellant devrait se voir infliger la même peine que celle dont a écopé Khyam, l'un des auteurs du complot d'attentat à la bombe à Londres, au R.-U., parce que la participation de l'appellant était moindre et ne justifiait pas une peine d'emprisonnement à perpétuité. Dans les motifs qu'il invoque à l'appui de la peine, le juge qualifie l'appellant d'[TRADUCTION] « amateur » (par. 33) et de « partisan à la fois enthousiaste et dévoué », alors que Khyam et ses acolytes « étaient bien plus déterminés » que lui (par. 37).

[110] Le juge du procès fait remarquer que l'art. 83.26 du *Code criminel* prescrit l'infliction de peines consécutives pour la perpétration d'actes de terrorisme. Toutefois, le « principe de totalité » voulant que la peine cumulative infligée ne soit pas indûment longue ou sévère ni disproportionnée eu égard à la culpabilité globale du délinquant, n'est pas pour autant écarté.

[111] Vu la nécessité de dénoncer les actes de l'appellant, le juge du procès refuse de réduire la peine à raison du double du temps passé en détention. Cependant, il tient généralement compte des cinq années purgées par l'appellant dans un centre de détention non adapté à l'emprisonnement de longue durée. De même, sans recourir à une formule mathématique précise, il réduit quelque peu la peine en raison des aveux de l'appellant au procès.

[112] En conclusion, le juge inflige au total 10 ans et demi d'emprisonnement : 4 ans pour le premier chef, 2 ans pour le troisième, 2 ans pour le quatrième, 2 ans pour le cinquième, 3 mois pour chacun des sixième et septième chefs. Il exclut toute possibilité de libération conditionnelle avant 5 ans, il ordonne à l'appellant de se soumettre à un prélèvement génétique (exécution de l'ordonnance suspendue jusqu'au jugement en appel) et il lui interdit de posséder une arme à feu sa vie durant.

## 2. La peine imposée par la Cour d'appel

[113] La Cour d'appel opine que trois erreurs de principe entachent la détermination de la peine en première instance et, sur le premier chef, elle



count 1 and consecutive terms of imprisonment totalling 24 years for the remaining counts.

[114] The first error was the trial judge's finding that the appellant's level of involvement was of a low order, compared to Khyam and his associates who were "away out in front" of him. The Court of Appeal held that this conclusion was unreasonable on the basis of all the evidence. The second error was in not treating the absence of evidence on rehabilitation prospects as an important factor in sentencing. The third error was in not imposing consecutive sentences, which was contrary to the requirement of s. 83.26.

### 3. Analysis

[115] At the outset, I wish to underscore that the temptation to fashion rigid sentencing principles applicable to terrorism offences as a distinct class of offences should be avoided, subject to the provisions in the *Criminal Code* that specifically pertain to those offences. The general principles of sentencing, including the totality principle, apply to terrorism offences.

[116] As regards the sentences imposed on the appellant, I agree with the Court of Appeal that the trial judge made critical errors in sentencing.

[117] The first error identified by the Court of Appeal was the trial judge's unreasonable devaluation of the seriousness of the appellant's conduct. The Court of Appeal interpreted the trial judge's comments in this regard as concluding that the appellant was less morally blameworthy than Khyam and other associates. The trial judge's comments might also be interpreted as merely concluding that the appellant was not as directly involved in terrorist activities as others. On either view, however, it appears that the trial judge effectively devalued the seriousness of the appellant's conduct in a way that was inconsistent with the evidence.

accroît la peine en infligeant l'emprisonnement à perpétuité et, sur les autres chefs, elle impose des peines consécutives totalisant 24 ans d'emprisonnement.

[114] La première erreur réside dans la conclusion du juge du procès selon laquelle le degré d'implication de l'appellant est minime par rapport à Khyam et à ses acolytes, lesquels étaient « bien plus déterminés » que M. Khawaja. La Cour d'appel statue que, au vu de l'ensemble de la preuve, il s'agit d'une conclusion déraisonnable. La deuxième erreur tient à l'omission de voir dans l'absence de preuve sur les perspectives de réinsertion sociale un élément important de la détermination de la peine. La troisième résulte du caractère non consécutif des peines, lequel va à l'encontre de l'art. 83.26.

### 3. Analyse

[115] Je souligne d'emblée qu'il faut résister à la tentation d'établir des principes rigides de détermination de la peine pour les seules infractions de terrorisme et de considérer que celles-ci appartiennent à une catégorie d'infractions à part, sous réserve des dispositions du *Code criminel* qui visent précisément ces infractions. Les principes généraux de détermination de la peine, dont le principe de totalité, s'appliquent aux infractions de terrorisme.

[116] En ce qui concerne les peines infligées à l'appellant, je conviens avec la Cour d'appel que le juge du procès a commis de graves erreurs dans la détermination de la sanction qui s'imposait.

[117] La première erreur relevée correspond à la minimisation excessive de la gravité des actes de l'appellant. Pour la Cour d'appel, il appert des remarques du juge du procès que les actes de l'appellant lui paraissent moins moralement répréhensibles que ceux de Khyam et de ses acolytes. On peut aussi conclure des observations du juge qu'il considère simplement que l'appellant n'est pas aussi directement engagé dans l'activité terroriste que les autres. Quoi qu'il en soit, il semble que le juge minimise bel et bien, malgré la preuve, la gravité des actes de l'appellant.

[118] The evidence, in brief, showed that the appellant was determined to help the Khyam group perpetrate a number of acts of mass violence against civilian and military targets; helped finance the Khyam group; offered training in electronics to Khyam; built devices intended to serve as remote triggers for improvised explosive devices (the “hifidigimonster”); and went to Pakistan to train for “combat” in Afghanistan. His emails showed that he encouraged and applauded violent jihad. Particularly chilling is his email speaking in positive terms of using a troublesome person as a suicide bomber in an Israeli nightclub.

[119] A typical message gives the flavour of the emails the appellant sent:

Ok nigga, i'll make a booking now, InshaAllah i'm thinking of comin down on the February 20th or around then. Lemme know if that's good with u. also let me know soon how you want the device. I just want to do a demo of it and show you how it works and stuff, it's range, and other things, so we gotta find a way we can get it into UK, maybe i can courier it over, i don't know if UK customs will grab it or not. pray to the most high, he'll find us a way. we're startin to work on a few other much more sophisticated projects that can be of great benefit to the J. i'll speak to you about them when we meet . . . . [Trial judgment, at para. 42.]

[120] Indeed, the trial judge was clear that Khawaja was “fully responsible for his actions” (reasons for sentence, at para. 31). As the trial judge explained, at para. 31:

. . . he went far out of his way, from his home, from his country and from his gainful employment to engage with the Khyam group and participate as he did in and to the group's endeavors. This is not a case of a vulnerable young person being lured or beguiled into criminal misconduct in which he was not inclined to participate. Khawaja was a willing and eager participant . . . . [Emphasis added.]

[121] In short, the appellant's subjective “determination to bring death, destruction and terror to

[118] Il appert en somme de la preuve que l'appelant était résolu à aider le groupe de Khyam à commettre un certain nombre d'actes de violence à grande échelle contre des civils et des cibles militaires, qu'il a contribué au financement du groupe de Khyam, qu'il a offert à Khyam de lui donner des cours d'électronique, qu'il a fabriqué des dispositifs permettant de déclencher à distance des engins explosifs artisanaux (le « hifidigimonster ») et qu'il est allé s'entraîner au Pakistan en vue de « combattre » en Afghanistan. Ses courriels révèlent qu'il encourageait le jihad armé et qu'il se réjouissait de son existence. Le courriel dans lequel il se montre favorable à l'utilisation d'une personne présentant des difficultés comme bombe humaine dans une boîte de nuit israélienne glace particulièrement le sang.

[119] Voici un message donnant une idée de la teneur des courriels de l'appelant :

[TRADUCTION] Ok, nègre, je vais faire une réservation, Inch'Allah, je pense arriver autour du 20 février. Dis-moi si ça te convient. Laisse-moi également savoir bientôt comment tu veux l'appareil. Je veux juste faire une démonstration et te montrer comment il fonctionne, etc., sa portée et d'autres choses, donc, nous devons trouver une manière de l'introduire au R.-U., je peux peut-être aller le porter, je ne sais pas si les douaniers britanniques vont l'intercepter ou non. Prions Dieu qu'il nous éclaire. Nous commençons à travailler à un certain nombre d'autres projets beaucoup plus complexes qui peuvent être d'un grand intérêt pour le J. Je t'en parlerai lorsque nous nous verrons . . . [Jugement de première instance, par. 42.]

[120] Le juge du procès dit clairement que M. Khawaja [TRADUCTION] « porte l'entière responsabilité de ses actes » (motifs du jugement relatif à la détermination de la peine, par. 31). Il explique, au par. 31 :

[TRADUCTION] . . . il a tout quitté, son foyer, son pays et un emploi rémunérateur pour se joindre au groupe de Khyam et participer comme il l'a fait à ses activités. Ce n'est pas un jeune homme vulnérable qu'on a leurré ou trompé pour l'amener à commettre des actes criminels qu'il n'était pas enclin à commettre. Khawaja a agi avec empressement et de son plein gré . . . [Je souligne.]

[121] En résumé, la [TRADUCTION] « détermination [subjective de l'appelant] à causer la mort de

innocent people” (para. 37) appears to have been strong — indeed, as strong as that of other members of the Khyam group.

[122] The second error identified by the Court of Appeal is that the trial judge failed to treat the absence of evidence of the appellant’s rehabilitative prospects as an important factor in sentencing. I agree that the absence of information on the likelihood of the appellant re-offending was relevant to sentencing, particularly in regard to s. 718(c) and to the need to separate offenders from society, where necessary. Indeed, as O’Connor J. wrote in *R. v. Downey*, 2010 ONSC 1531 (CanLII), at para. 31:

Where it is apparent that the offender is a dangerous person, who is likely to compromise public safety if released, he should be detained for a period of time sufficient to reasonably conclude that such danger has subsided. The duration of the sentence must be sufficient to give the correctional authorities the necessary time to properly treat the offender and for the National Parole Board to assess the risk of his reoffending.

[123] The absence of evidence on the appellant’s likelihood of re-offending gave the trial judge no assurance that he was no longer committed to violent jihad and terrorism, or that there was any chance that, over time, he could change and be released from state control without undue risk of harm to the population. The lack of information on a person’s probability of re-offending, in the face of compelling evidence of dangerousness, is sufficient to justify a stiffer sentence.

[124] I cannot accept the broad proposition that “the import of rehabilitation as a mitigating circumstance is significantly reduced in [the] context [of terrorism] given the unique nature of the crime . . . and the grave and far-reaching threat that it poses to the foundations of our democratic society” (C.A., at para. 201). The terrorism provisions catch a very wide variety of conduct, suggesting that the weight to be given to rehabilitation in a given case is best left to the reasoned discretion of trial judges on a case-by-case basis. This does

personnes innocentes, à semer la destruction et la terreur » (par. 37) paraît avoir été grande — aussi grande en fait que celle des autres membres du groupe de Khyam.

[122] En deuxième lieu, la Cour d’appel reproche au juge du procès de ne pas avoir vu dans l’absence de preuve sur la réinsertion sociale éventuelle de l’appelant un élément important de la détermination de la peine. Je conviens que l’absence de données sur le risque de récidive est pertinente à ce chapitre, particulièrement au regard de l’al. 718c) et de la nécessité d’isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société. Dans *R. c. Downey*, 2010 ONSC 1531 (CanLII), par. 31, le juge O’Connor écrit d’ailleurs ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans les cas où il est manifeste que le délinquant est une personne dangereuse qui mettra en péril la sécurité publique si elle est libérée, la détention doit se poursuivre jusqu’à ce que l’on puisse raisonnablement conclure que le danger est écarté. La durée de la peine doit être suffisamment longue pour que l’autorité correctionnelle ait le temps de traiter adéquatement le délinquant et que la Commission nationale des libérations conditionnelles évalue le risque de récidive.

[123] L’absence d’élément de preuve sur le risque que l’appelant récidive a privé le juge de l’assurance que l’appelant n’était plus acquis à la cause du jihad armé et du terrorisme ou que, avec le temps, il pourrait changer et ne plus devoir être soumis au contrôle de l’État sans que la population ne soit exposée à un risque de préjudice trop grand. L’absence de données sur la récidive éventuelle, au vu d’une preuve convaincante de dangerosité, suffit à justifier une peine plus sévère.

[124] Je ne saurais convenir de manière générale que [TRADUCTION] « l’importance de la réinsertion sociale comme circonstance atténuante diminue considérablement dès lors qu’il est question de terrorisme étant donné la nature particulière du crime et la grave menace qu’il fait peser sur les fondements de notre société démocratique » (C.A., par. 201). Les dispositions sur le terrorisme visent une très grande variété d’actes, ce qui donne à penser qu’il vaut mieux laisser au juge du procès le soin de décider dans chaque cas de l’importance qu’il

not, however, negate the fact that on the evidence in this case, the absence of evidence on rehabilitation prospects justified a stiffer sentence than otherwise might have been appropriate.

[125] The third error identified by the Court of Appeal is that the trial judge erred in interpreting s. 83.26, which provides that convictions under ss. 83.02 to 83.04 and 83.18 to 83.23 require consecutive sentences. The Court of Appeal took the view that the “totality principle”, which requires that the cumulative sentence rendered for multiple offences not exceed the overall culpability of the offender, should be moderated or altered in the case of terrorism offences so that “the customary upper range [of 15 to 20 years] for consecutive fixed-term sentences will not be applicable” (para. 210).

[126] While I agree with the Court of Appeal that s. 83.26 requires that sentences for terrorist offences be served consecutively, I do not agree that this result is inconsistent with the totality principle on the evidence in this case. The only restriction imposed by the totality principle is that the sentence not exceed the overall culpability of the offender. While the practice in Canadian courts is to impose sentences of between 15 to 20 years if a life sentence is not appropriate, this practice is not binding and is *not* part of the totality principle: see *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, *per* Lamer C.J., at para. 56. The fact that sentences of over 20 years may be imposed more often in terrorism cases is not inconsistent with the totality principle. It merely attests to the particular gravity of terrorist offences and the moral culpability of those who commit them. I conclude that the heightened gravity of the terrorism offences at issue in this case was sufficient to justify imposition of consecutive sentences running over 20 years, without violating the totality principle.

[127] After reviewing the three errors committed by the trial judge, the Court of Appeal went

convient d’accorder à la réinsertion sociale. Mais le fait demeure que, compte tenu de la preuve en l’espèce, l’absence de données sur les possibilités de réinsertion sociale justifiait une peine plus sévère que celle qui aurait convenu autrement.

[125] En troisième lieu, la Cour d’appel reproche au juge du procès de mal interpréter l’art. 83.26, qui prévoit que la peine infligée pour une infraction prévue à l’un des art. 83.02 à 83.04 et 83.18 à 83.23 est purgée consécutivement. Selon elle, dans le cas d’actes de terrorisme, il convient de modérer ou de modifier l’application du « principe de totalité » — suivant lequel la peine cumulative infligée pour de multiples infractions ne doit pas être disproportionnée eu égard à la culpabilité globale du délinquant — de façon à lever [TRADUCTION] « la limite supérieure [de 15 à 20 ans] habituellement observée pour les peines consécutives d’une durée déterminée » (par. 210).

[126] Certes, l’art. 83.26 exige que les peines infligées pour des infractions de terrorisme soient purgées consécutivement, mais je ne peux être d’accord avec la Cour d’appel lorsqu’elle estime que cette modalité est incompatible avec le principe de totalité, compte tenu de la preuve en l’espèce. Le principe de totalité veut seulement que la peine infligée ne soit pas disproportionnée eu égard à la culpabilité globale du délinquant. Les tribunaux canadiens infligent généralement des peines d’une durée de 15 à 20 ans lorsque l’emprisonnement à perpétuité n’est pas indiqué, mais cette pratique n’est pas obligatoire et *ne* relève *pas* du principe de totalité : voir *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, le juge en chef Lamer, par. 56. L’idée que des peines de plus de 20 ans d’emprisonnement devraient être imposées plus souvent dans les dossiers de terrorisme ne va pas à l’encontre du principe de totalité. C’est simplement prendre acte du caractère particulièrement grave des infractions de terrorisme et de la culpabilité morale de leurs auteurs. Je conclus que l’extrême gravité des infractions de terrorisme en cause dans la présente affaire justifie des peines consécutives totalisant plus de 20 ans d’emprisonnement, et ce, sans entorse au principe de totalité.

[127] Après l’analyse des trois erreurs du juge du procès, la Cour d’appel déclare que la peine

on to state that the sentence he imposed failed to adequately reflect three critical matters.

[128] First, the sentence imposed did not reflect the gravity of the appellant's actions. I agree. The appellant was a willing participant in a terrorist group. He was committed to bringing death on all those opposed to his extremist ideology and took many steps to provide support to the group. The bomb detonators he attempted to build would have killed many civilians had his plan succeeded. A sentence of 10 and a half years does not approach an adequate sentence for such acts.

[129] Second, the Court of Appeal found that the sentence did not reflect the continuing danger this committed and apparently remorseless man would pose to society on release. For the reasons discussed earlier, I agree. The trial judge's sentence failed to give adequate weight to the ongoing danger the appellant posed to society.

[130] Finally, the Court of Appeal faulted the trial judge's sentence for failing to send a "clear and unmistakable message that terrorism is reprehensible and those who choose to engage in it [in Canada] will pay a very heavy price" (para. 246). Without suggesting that terrorism offences attract special sentencing rules or goals, I agree that denunciation and deterrence, both specific and general, are important principles in the sentencing of terrorism offences, given their seriousness: see s. 718.2(a)(v) of the *Criminal Code*; H. Parent and J. Desrosiers, *Traité de droit criminel*, vol. 3, *La peine* (2012), at pp. 76-78.

[131] For these reasons, I would dismiss the appeal from sentence.

## VII. Conclusion

[132] I would dismiss the appeal and affirm the convictions and the sentence imposed by the Court of Appeal.

infligée ne tient pas dûment compte de trois considérations cruciales.

[128] Premièrement, la peine imposée ne reflète pas la gravité des actes de l'appellant. Je suis d'accord. L'appellant a participé de son plein gré aux activités d'un groupe terroriste. Il était résolu à tuer tous ceux qui s'opposaient à son idéologie extrémiste et il a contribué de nombreuses manières aux activités du groupe. S'il n'en avait tenu qu'à lui, ses détonateurs de bombe auraient causé la mort de nombreux civils. Une peine de 10 ans et demi pour de tels actes est loin d'être suffisante.

[129] Deuxièmement, la Cour d'appel conclut que la peine ne reflète pas le danger permanent que présenterait pour la société cet homme résolu et sans remords apparents une fois libéré. Pour les motifs qui précèdent, je souscris à son opinion. La peine infligée à l'issue du procès ne tient pas dûment compte du danger que l'appellant présente toujours pour la société.

[130] Enfin, la Cour d'appel estime que la peine infligée en première instance ne transmet pas le [TRADUCTION] « message clair et non équivoque que le terrorisme est condamnable et que ceux qui décident de s'y livrer [au Canada] paieront un prix très élevé » (par. 246). Sans laisser entendre que des règles ou des objectifs particuliers de détermination de la peine s'appliquent en matière de terrorisme, je conviens que la dénonciation et la dissuasion, tant sur le plan individuel que collectif, constituent des objectifs importants lorsqu'il s'agit d'arrêter la peine des auteurs d'infractions de terrorisme étant donné la gravité de celles-ci : voir le sous-al. 718.2a)(v) du *Code criminel*; H. Parent et J. Desrosiers, *Traité de droit criminel*, t. 3, *La peine* (2012), p. 76-78.

[131] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi interjeté à l'encontre de la peine.

## VII. Conclusion

[132] Le pourvoi est rejeté. Les déclarations de culpabilité et la peine infligée par la Cour d'appel sont confirmées.

## APPENDIX

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

**83.01** (1) . . .

“terrorist activity” means

. . . .

(b) an act or omission, in or outside Canada,

(i) that is committed

(A) in whole or in part for a political, religious or ideological purpose, objective or cause, and

(B) in whole or in part with the intention of intimidating the public, or a segment of the public, with regard to its security, including its economic security, or compelling a person, a government or a domestic or an international organization to do or to refrain from doing any act, whether the public or the person, government or organization is inside or outside Canada, and

(ii) that intentionally

(A) causes death or serious bodily harm to a person by the use of violence,

(B) endangers a person’s life,

(C) causes a serious risk to the health or safety of the public or any segment of the public,

(D) causes substantial property damage, whether to public or private property, if causing such damage is likely to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C), or

(E) causes serious interference with or serious disruption of an essential service, facility or system, whether public or private, other than as a result of advocacy, protest, dissent or stoppage of work that is not intended to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C),

## ANNEXE

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

**83.01** (1) . . .

« activité terroriste »

. . . .

b) soit un acte — action ou omission, commise au Canada ou à l’étranger :

(i) d’une part, commis à la fois :

(A) au nom — exclusivement ou non — d’un but, d’un objectif ou d’une cause de nature politique, religieuse ou idéologique,

(B) en vue — exclusivement ou non — d’intimider tout ou partie de la population quant à sa sécurité, entre autres sur le plan économique, ou de contraindre une personne, un gouvernement ou une organisation nationale ou internationale à accomplir un acte ou à s’en abstenir, que la personne, la population, le gouvernement ou l’organisation soit ou non au Canada,

(ii) d’autre part, qui intentionnellement, selon le cas :

(A) cause des blessures graves à une personne ou la mort de celle-ci, par l’usage de la violence,

(B) met en danger la vie d’une personne,

(C) compromet gravement la santé ou la sécurité de tout ou partie de la population,

(D) cause des dommages matériels considérables, que les biens visés soient publics ou privés, dans des circonstances telles qu’il est probable que l’une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C) en résultera,

(E) perturbe gravement ou paralyse des services, installations ou systèmes essentiels, publics ou privés, sauf dans le cadre de revendications, de protestations ou de manifestations d’un désaccord ou d’un arrêt de travail qui n’ont pas pour but de provoquer l’une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C).

and includes a conspiracy, attempt or threat to commit any such act or omission, or being an accessory after the fact or counselling in relation to any such act or omission, but, for greater certainty, does not include an act or omission that is committed during an armed conflict and that, at the time and in the place of its commission, is in accordance with customary international law or conventional international law applicable to the conflict, or the activities undertaken by military forces of a state in the exercise of their official duties, to the extent that those activities are governed by other rules of international law.

“terrorist group” means

- (a) an entity that has as one of its purposes or activities facilitating or carrying out any terrorist activity, or
- (b) a listed entity,

and includes an association of such entities.

(1.1) For greater certainty, the expression of a political, religious or ideological thought, belief or opinion does not come within paragraph (b) of the definition “terrorist activity” in subsection (1) unless it constitutes an act or omission that satisfies the criteria of that paragraph.

**83.18** (1) Every one who knowingly participates in or contributes to, directly or indirectly, any activity of a terrorist group for the purpose of enhancing the ability of any terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

(2) An offence may be committed under subsection (1) whether or not

- (a) a terrorist group actually facilitates or carries out a terrorist activity;
- (b) the participation or contribution of the accused actually enhances the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity; or
- (c) the accused knows the specific nature of any terrorist activity that may be facilitated or carried out by a terrorist group.

Sont visés par la présente définition, relativement à un tel acte, le complot, la tentative, la menace, la complicité après le fait et l’encouragement à la perpétration; il est entendu que sont exclus de la présente définition l’acte — action ou omission — commis au cours d’un conflit armé et conforme, au moment et au lieu de la perpétration, au droit international coutumier ou au droit international conventionnel applicable au conflit ainsi que les activités menées par les forces armées d’un État dans l’exercice de leurs fonctions officielles, dans la mesure où ces activités sont régies par d’autres règles de droit international.

« groupe terroriste »

- a) Soit une entité dont l’un des objets ou l’une des activités est de se livrer à des activités terroristes ou de les faciliter;
- b) soit une entité inscrite.

Est assimilé à un groupe terroriste un groupe ou une association formé de groupes terroristes au sens de la présente définition.

(1.1) Il est entendu que l’expression d’une pensée, d’une croyance ou d’une opinion de nature politique, religieuse ou idéologique n’est visée à l’alinéa b) de la définition de « activité terroriste » au paragraphe (1) que si elle constitue un acte — action ou omission — répondant aux critères de cet alinéa.

**83.18** (1) Est coupable d’un acte criminel passible d’un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, sciemment, participe à une activité d’un groupe terroriste, ou y contribue, directement ou non, dans le but d’accroître la capacité de tout groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter.

(2) Pour que l’infraction visée au paragraphe (1) soit commise, il n’est pas nécessaire :

- a) qu’une activité terroriste soit effectivement menée ou facilitée par un groupe terroriste;
- b) que la participation ou la contribution de l’accusé accroisse effectivement la capacité d’un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter;
- c) que l’accusé connaisse la nature exacte de toute activité terroriste susceptible d’être menée ou facilitée par un groupe terroriste.

(3) Participating in or contributing to an activity of a terrorist group includes

- (a) providing, receiving or recruiting a person to receive training;
- (b) providing or offering to provide a skill or an expertise for the benefit of, at the direction of or in association with a terrorist group;
- (c) recruiting a person in order to facilitate or commit
  - (i) a terrorism offence, or
  - (ii) an act or omission outside Canada that, if committed in Canada, would be a terrorism offence;
- (d) entering or remaining in any country for the benefit of, at the direction of or in association with a terrorist group; and
- (e) making oneself, in response to instructions from any of the persons who constitute a terrorist group, available to facilitate or commit
  - (i) a terrorism offence, or
  - (ii) an act or omission outside Canada that, if committed in Canada, would be a terrorism offence.

(4) In determining whether an accused participates in or contributes to any activity of a terrorist group, the court may consider, among other factors, whether the accused

- (a) uses a name, word, symbol or other representation that identifies, or is associated with, the terrorist group;
- (b) frequently associates with any of the persons who constitute the terrorist group;
- (c) receives any benefit from the terrorist group; or
- (d) repeatedly engages in activities at the instruction of any of the persons who constitute the terrorist group.

**83.26** A sentence, other than one of life imprisonment, imposed on a person for an offence under any of sections 83.02 to 83.04 and 83.18 to 83.23 shall be served consecutively to

- (a) any other punishment imposed on the person, other than a sentence of life imprisonment, for an offence arising out of the same event or series of events; and

(3) La participation ou la contribution à une activité d'un groupe terroriste s'entend notamment :

- a) du fait de donner ou d'acquérir de la formation ou de recruter une personne à une telle fin;
- b) du fait de mettre des compétences ou une expertise à la disposition d'un groupe terroriste, à son profit ou sous sa direction, ou en association avec lui, ou d'offrir de le faire;
- c) du fait de recruter une personne en vue de faciliter ou de commettre une infraction de terrorisme ou un acte à l'étranger qui, s'il était commis au Canada, constituerait une telle infraction;
- d) du fait d'entrer ou de demeurer dans un pays au profit ou sous la direction d'un groupe terroriste, ou en association avec lui;
- e) du fait d'être disponible, sous les instructions de quiconque fait partie d'un groupe terroriste, pour faciliter ou commettre une infraction de terrorisme ou un acte à l'étranger qui, s'il était commis au Canada, constituerait une telle infraction.

(4) Pour déterminer si l'accusé participe ou contribue à une activité d'un groupe terroriste, le tribunal peut notamment prendre en compte les faits suivants :

- a) l'accusé utilise un nom, un mot, un symbole ou un autre signe qui identifie le groupe ou y est associé;
- b) il fréquente quiconque fait partie du groupe terroriste;
- c) il reçoit un avantage du groupe terroriste;
- d) il se livre régulièrement à des activités selon les instructions d'une personne faisant partie du groupe terroriste.

**83.26** La peine — sauf une peine d'emprisonnement à perpétuité — infligée à une personne pour une infraction prévue à l'un des articles 83.02 à 83.04 et 83.18 à 83.23 est purgée consécutivement :

- a) à toute autre peine — sauf une peine d'emprisonnement à perpétuité — sanctionnant une autre infraction basée sur les mêmes faits;



(b) any other sentence, other than one of life imprisonment, to which the person is subject at the time the sentence is imposed on the person for an offence under any of those sections.

**718.2** A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

(a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,

. . .

(v) evidence that the offence was a terrorism offence

. . .

**719.** (1) A sentence commences when it is imposed, except where a relevant enactment otherwise provides.

. . .

(3) In determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Greenspon, Brown & Associates, Ottawa.*

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

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

*Solicitors for the intervener Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval: Langlois Kronström Desjardins, Québec.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kapoor Barristers, Toronto.*

b) à toute autre peine — sauf une peine d'emprisonnement à perpétuité — en cours d'exécution infligée à une personne pour une infraction prévue à l'un de ces articles.

**718.2** Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :

a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant :

. . .

(v) que l'infraction perpétrée par le délinquant est une infraction de terrorisme;

. . .

**719.** (1) La peine commence au moment où elle est infligée, sauf lorsque le texte législatif applicable y pourvoit de façon différente.

. . .

(3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant : Greenspon, Brown & Associates, Ottawa.*

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

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

*Procureurs de l'intervenant le Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval : Langlois Kronström Desjardins, Québec.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Kapoor Barristers, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

**Suresh Sriskandarajah** *Appellant*

v.

**United States of America, Minister of Justice  
and Attorney General of Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario, Canadian  
Civil Liberties Association and  
British Columbia Civil Liberties  
Association** *Intervenors*

- and -

**Piratheepan Nadarajah** *Appellant*

v.

**United States of America, Minister  
of Justice and Attorney General of  
Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario, Canadian Civil  
Liberties Association and British Columbia  
Civil Liberties Association** *Intervenors*

**INDEXED AS: SRISKANDARAJAH v. UNITED STATES  
OF AMERICA**

**2012 SCC 70**

File Nos.: 34009, 34013.

2012: June 11; 2012: December 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Mobility  
rights — Extradition — Minister ordering surrender of  
Canadian citizens to U.S. authorities to be tried there on*

**Suresh Sriskandarajah** *Appellant*

c.

**États-Unis d'Amérique, ministre de la Justice  
et procureur général du Canada** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario, Association  
canadienne des libertés civiles et Association  
des libertés civiles de la Colombie-  
Britannique** *Intervenants*

- et -

**Piratheepan Nadarajah** *Appellant*

c.

**États-Unis d'Amérique, ministre de la  
Justice et procureur général du  
Canada** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario, Association  
canadienne des libertés civiles et Association  
des libertés civiles de la Colombie-  
Britannique** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SRISKANDARAJAH c. ÉTATS-UNIS  
D'AMÉRIQUE**

**2012 CSC 70**

N<sup>os</sup> du greffe : 34009, 34013.

2012 : 11 juin; 2012 : 14 décembre.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté  
de circulation et d'établissement — Extradition — Arrê-  
tés du ministre extradant des citoyens canadiens vers*

*terrorism charges — Whether extradition violates right to remain in Canada even when foreign state's claim of jurisdiction is weak or when prosecution in Canada is feasible — Whether surrender decisions unreasonable on the evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1) — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18.*

*Administrative law — Natural justice — Procedural fairness — Minister providing all materials considered in making decisions to surrender, except legal advice — Whether procedural fairness required minister to obtain and disclose Canadian prosecutorial authority's assessment of whether to prosecute in Canada.*

After the Ontario Superior Court of Justice found that there was sufficient evidence to commit S and N, who are Canadian citizens, for extradition to the United States to be tried there on charges related to their alleged support of a terrorist organization, the Minister of Justice ordered their surrender. Those decisions were subsequently upheld on appeal.

*Held:* The appeals should be dismissed.

Extradition does not violate the right of citizens to remain in Canada under s. 6(1) of the *Charter*, even when the foreign state's claim of jurisdiction is weak or when prosecution in Canada is feasible. To hold otherwise would amount to overruling *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, *United States of America v. Kwok*, 2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532, and *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761. No compelling reasons have been shown to depart from the principles set out in those cases. Extradition does not violate the core values of s. 6(1). Rather, it fulfills the needs of an effective criminal justice system. The decision to extradite is a complex matter, involving numerous factual, geopolitical, diplomatic and financial considerations. The Minister of Justice has superior expertise in this regard, and his discretion is not conclusively bound by any of the *Cotroni* factors. The ability of Canada to prosecute the offences remains but one factor in the inquiry; nor is the strength of the foreign jurisdiction's claim to prosecute always determinative.

Here, the record shows that the Minister properly considered and weighed the factors relevant to the

*les États-Unis afin qu'ils y subissent leurs procès pour terrorisme — L'extradition porte-t-elle atteinte au droit de demeurer au Canada lorsque la compétence revendiquée par l'autre État est faible ou que la poursuite pourrait se dérouler au Canada? — Les arrêtés d'extradition sont-ils déraisonnables au vu de la preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1) — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18.*

*Droit administratif — Justice naturelle — Équité procédurale — Communication par le ministre de tous les documents considérés avant de prendre les arrêtés d'extradition, sauf l'avis juridique — L'équité procédurale exige-t-elle du ministre qu'il obtienne puis communique le rapport du service compétent sur l'opportunité de poursuites au Canada?*

Après que la Cour supérieure de justice de l'Ontario eut conclu que la preuve était suffisante pour que S et N, des citoyens canadiens, soient extradés vers les États-Unis afin d'y subir leurs procès pour terrorisme par suite du soutien qu'ils auraient apporté à une organisation terroriste, le ministre de la Justice a ordonné leur remise aux autorités américaines. La Cour d'appel a par la suite confirmé les décisions.

*Arrêt :* Les pourvois sont rejetés.

L'extradition ne porte pas atteinte au droit de demeurer au Canada que garantit au citoyen le par. 6(1) de la *Charte*, même lorsque la compétence revendiquée par l'autre État est faible ou que la poursuite pourrait se dérouler au Canada. Conclure le contraire reviendrait à infirmer les arrêts *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, 2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532, et *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761. Nulle raison impérieuse ne justifie de s'écarter des principes établis dans ces arrêts. L'extradition ne porte pas atteinte aux valeurs fondamentales consacrées par le par. 6(1). Elle répond plutôt à la nécessité d'un système de justice pénale efficace. Complexe, la décision d'extrader ou non fait intervenir de nombreuses considérations d'ordre factuel, géopolitique, diplomatique et financier. Le ministre de la Justice dispose d'une expertise supérieure à cet égard et, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, il n'est lié par aucun des éléments de l'arrêt *Cotroni*. La possibilité d'une poursuite au Canada pour les infractions reprochées ne constitue qu'un élément à considérer lors de l'examen, et l'importance de la compétence revendiquée par l'État étranger n'est pas toujours déterminante.

En l'espèce, il appert du dossier que le ministre a dûment examiné et mis en balance les éléments

situations of S and N. The Minister did not ascribe determinative weight to the fact that charges were not laid against them in Canada, and he conducted an independent *Cotroni* assessment. His conclusion that there were sufficient links to the U.S. to justify extradition flowed from this independent assessment and has not been shown to be unreasonable on the evidence.

The claim of procedural unfairness has not been established. S and N's request for disclosure of the assessment of the Public Prosecution Service of Canada on whether to prosecute them in Canada is a thinly disguised attempt to impugn the state's legitimate exercise of prosecutorial authority. Procedural fairness does not require the Minister to obtain and disclose every document that may be indirectly connected to the process that ultimately led him to decide to extradite.

S and N's challenge to the constitutionality of the Canadian terrorism provisions corresponding to the alleged conduct for which they are sought in the U.S. is considered (and dismissed) in the companion case, *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555.

#### Cases Cited

**Discussed:** *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *United States of America v. Kwok*, 2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; **referred to:** *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2, 6(1), 7.  
*Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, ss. 3, 7.  
*International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21.

#### Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, 4th ed., Book I. Oxford: Clarendon Press, 1770.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Moldaver and Cronk JJ.A.), 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662, 278 O.A.C. 1, 266 C.C.C. (3d) 447, 81 C.R. (6th) 285, [2010] O.J. No. 5473 (QL), 2010 CarswellOnt 9667, affirming a committal order of Pattillo J., 95 O.R. (3d) 514, 243

pertinents en ce qui a trait à la situation de S et de N. Il ne tient pas pour déterminant le fait qu'aucune accusation n'a été portée contre eux au Canada, et il effectue un examen indépendant des éléments de *Cotroni*. Sa conclusion selon laquelle les liens avec les États-Unis suffisent à justifier l'extradition découle de cet examen indépendant, et il n'a pas été démontré qu'elle est déraisonnable eu égard à la preuve.

La preuve de l'iniquité procédurale alléguée n'a pas été faite. La requête de S et de N visant la communication du rapport du Service des poursuites pénales du Canada sur l'opportunité de poursuites au Canada constitue une tentative à peine voilée de contester l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire de l'État d'engager des poursuites. L'équité procédurale n'exige pas du ministre qu'il obtienne puis communique chacun des documents susceptibles d'avoir un lien indirect avec la procédure au terme de laquelle est prise la décision d'extrader les intéressés.

S et N contestent la constitutionnalité des dispositions canadiennes sur le terrorisme qui correspondent aux infractions pour lesquelles les États-Unis demandent leur extradition. Ce motif d'appel est examiné et rejeté dans le pourvoi connexe *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555.

#### Jurisprudence

**Arrêts analysés :** *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, 2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; **arrêts mentionnés :** *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2, 6(1), 7.  
*Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, art. 3, 7.  
*Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21.

#### Doctrine et autres documents cités

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, 4th ed., Book I. Oxford : Clarendon Press, 1770.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Moldaver et Cronk), 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662, 278 O.A.C. 1, 266 C.C.C. (3d) 447, 81 C.R. (6th) 285, [2010] O.J. No. 5473 (QL), 2010 CarswellOnt 9667, qui a confirmé une ordonnance d'incarcération du juge

C.C.C. (3d) 281, 2009 CanLII 9482, [2009] O.J. No. 946 (QL), 2009 CarswellOnt 1524, and a decision of the Minister of Justice dated November 17, 2009, ordering the surrender of the appellant to the United States of America. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Moldaver and Cronk J.J.A.), 2010 ONCA 857, 109 O.R. (3d) 680, 275 O.A.C. 121, 266 C.C.C. (3d) 435, 223 C.R.R. (2d) 339, [2010] O.J. No. 5474 (QL), 2010 CarswellOnt 9674, affirming a committal order of Pattillo J., 95 O.R. (3d) 514, 243 C.C.C. (3d) 281, 2009 CanLII 9482, [2009] O.J. No. 946 (QL), 2009 CarswellOnt 1524, and a decision of the Minister of Justice dated November 17, 2009, ordering the surrender of the appellant to the United States of America. Appeal dismissed.

*John Norris, Breese Davies, Brydie Bethell and Erin Dann*, for the appellants.

*Croft Michaelson, Nancy Dennison and Sean Gaudet*, for the respondents.

*Michael Bernstein*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Anil K. Kapoor and Lindsay L. Daviau*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Kent Roach and Michael Fenrick*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The Minister of Justice has ordered the surrender of the appellants, who are Canadian citizens, to the United States to be tried there on terrorism charges, related to their alleged support of the Liberation Tigers of the Tamil Eelam (“Tamil Tigers or LTTE”), a terrorist organization involved in insurgency in Sri Lanka.

Pattillo, 95 O.R. (3d) 514, 243 C.C.C. (3d) 281, 2009 CanLII 9482, [2009] O.J. No. 946 (QL), 2009 CarswellOnt 1524, et une décision du ministre de la Justice en date du 17 novembre 2009 ordonnant l’extradition de l’appelant vers les États-Unis d’Amérique. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Moldaver et Cronk), 2010 ONCA 857, 109 O.R. (3d) 680, 275 O.A.C. 121, 266 C.C.C. (3d) 435, 223 C.R.R. (2d) 339, [2010] O.J. No. 5474 (QL), 2010 CarswellOnt 9674, qui a confirmé une ordonnance d’incarcération du juge Pattillo, 95 O.R. (3d) 514, 243 C.C.C. (3d) 281, 2009 CanLII 9482, [2009] O.J. No. 946 (QL), 2009 CarswellOnt 1524, et une décision du ministre de la Justice en date du 17 novembre 2009 ordonnant l’extradition de l’appelant vers les États-Unis d’Amérique. Pourvoi rejeté.

*John Norris, Breese Davies, Brydie Bethell et Erin Dann*, pour les appelants.

*Croft Michaelson, Nancy Dennison et Sean Gaudet*, pour les intimés.

*Michael Bernstein*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Anil K. Kapoor et Lindsay L. Daviau*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

*Kent Roach et Michael Fenrick*, pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Le ministre de la Justice a ordonné que les appelants, des citoyens canadiens, soient extradés vers les États-Unis pour y subir leurs procès pour terrorisme par suite du soutien qu’ils auraient apporté aux Tigres de libération de l’Eelam tamoul (les « TLET »), une organisation terroriste engagée dans une rébellion au Sri Lanka.

## 1. Overview

[2] Suresh Sriskandarajah is alleged to have assisted the Tamil Tigers in researching and acquiring submarine and warship design software, communications equipment and other technology. He is said to have helped smuggle items into territory controlled by the Tamil Tigers. He is also alleged to have laundered money for the Tamil Tigers and to have counselled individuals on how to smuggle goods to them in Sri Lanka.

[3] Piratheepan Nadarajah is alleged to have been part of a group of four individuals who attempted to purchase on behalf of the Tamil Tigers both surface to air missiles and AK-47s from an undercover police officer posing as a black market arms dealer in Long Island, New York. The undercover officer had arranged the meeting with one Mr. Sarachandran, who had allegedly named Nadarajah as his armaments expert in telephone conversations.

[4] In 2006, the United States of America requested the Canadian Minister of Justice for the extradition of both appellants to stand trial in the U.S., on various terrorism-related charges. Pattillo J. of the Ontario Superior Court of Justice found that there was sufficient evidence to commit the appellants for extradition on terrorism charges ((2009), 95 O.R. (3d) 514). In decisions dated November 17, 2009, the Minister of Justice ordered the surrender of the appellants to the United States. These decisions were subsequently upheld by the Court of Appeal (2010 ONCA 857, 109 O.R. (3d) 680, and 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662).

## 2. Issues

[5] The appellants oppose their extradition on four grounds: (1) that the conduct alleged against them apart from association with the LTTE is not criminal conduct because the Canadian terrorism provisions corresponding to the alleged conduct

## 1. Contexte

[2] Suresh Sriskandarajah est accusé d'avoir aidé les TLET à trouver et à acquérir des logiciels de conception de sous-marins et de navires de guerre et du matériel technologique, notamment de communication, dont il aurait ensuite facilité l'introduction clandestine dans une zone sous contrôle des TLET. Il aurait également blanchi des fonds au profit de ces derniers et aurait conseillé des personnes sur la manière d'acheminer illégalement au Sri Lanka des marchandises destinées aux TLET.

[3] Avec trois autres personnes, Piratheepan Nadarajah aurait tenté d'acheter pour le compte des TLET des missiles sol-air et des fusils AK-47 à un agent d'infiltration qui prétendait être un marchand d'armes clandestin de Long Island, dans l'État de New York. L'agent d'infiltration avait organisé la rencontre avec un certain M. Sarachandran qui, lors de conversations téléphoniques, aurait dit de M. Nadarajah qu'il était son expert en matière d'armement.

[4] En 2006, des représentants des États-Unis d'Amérique ont demandé au ministre canadien de la Justice l'extradition des deux appelants afin qu'ils soient traduits en justice aux États-Unis relativement à diverses infractions de terrorisme. Selon le juge Pattillo de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, la preuve présentée était suffisante pour incarcérer les appelants en vue de leur extradition vers les États-Unis afin qu'ils y répondent à des accusations de terrorisme ((2009), 95 O.R. (3d) 514). Dans ses décisions du 17 novembre 2009, le ministre de la Justice a ordonné l'extradition des appelants vers les États-Unis, ce que la Cour d'appel a par la suite confirmé (2010 ONCA 857, 109 O.R. (3d) 680, et 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662).

## 2. Questions en litige

[5] Les appelants invoquent quatre motifs à l'encontre de leur extradition : (1) hormis l'association aux TLET, les actes qui leur sont reprochés ne sont pas criminels en raison de l'inconstitutionnalité des dispositions canadiennes sur le terrorisme

for which the appellants are sought in the United States are unconstitutional; (2) that extradition violates s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees the right of citizens to remain in Canada, when the foreign state's claim of jurisdiction is weak or when prosecution in Canada is feasible; (3) that the Minister's review of the extradition order did not comply with the requirements of procedural fairness; and (4) that the surrender decisions were unreasonable in all the circumstances.

3. Are the Canadian Terrorism Offences Unconstitutional?

[6] The *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, requires that the conduct for which extradition is sought be an offence in Canada: s. 3. The appellants challenge the constitutionality of the Canadian terrorism offences relied on in the Authority to Proceed. Pattillo J. and the Court of Appeal rejected these arguments.

[7] I consider the constitutionality of the impugned Canadian terrorism provisions in the companion case, *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555, concluding that they do not infringe the rights protected under ss. 2 and 7 of the *Charter*. For the reasons there stated, this ground of appeal is dismissed.

4. What Is the Scope of the Right to Remain in Canada Under Section 6(1) of the Charter?

[8] Section 6(1) of the *Charter* provides that “[e]very citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada”. This Court first analyzed the rapport between extradition and the right to remain in Canada in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469. The scheme proposed in *Cotroni* was subsequently confirmed and refined in *United States of America v. Kwok*, 2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532, and in *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761. From this jurisprudence, six principles provide guidance to respond

qui correspondent aux accusations portées contre eux aux États-Unis; (2) l’extradition va à l’encontre du par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* — qui garantit à tout citoyen le droit de demeurer au Canada — lorsque la compétence revendiquée par l’autre État est faible ou que la poursuite pourrait se dérouler au Canada; (3) dans son examen de l’opportunité de l’extradition, le ministre n’a pas respecté les principes de l’équité procédurale; (4) les arrêtés d’extradition n’étaient pas raisonnables compte tenu de l’ensemble des circonstances.

3. Les dispositions canadiennes sur le terrorisme sont-elles inconstitutionnelles?

[6] L’article 3 de la *Loi sur l’extradition*, L.C. 1999, ch. 18, dispose qu’une personne ne peut être extradée que si les actes qu’on lui impute auraient constitué une infraction au Canada. Les appelants contestent la constitutionnalité des dispositions canadiennes sur le terrorisme invoquées dans l’arrêt. Le juge Pattillo, en première instance, puis la Cour d’appel, les ont déboutés.

[7] Dans le pourvoi connexe *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555, je me penche sur la constitutionnalité des dispositions contestées en l’espèce. J’y conclus que celles-ci ne portent pas atteinte aux droits garantis aux art. 2 et 7 de la *Charte*. Pour les motifs qui y sont exposés, ce motif d’appel est rejeté.

4. Quelle est la portée du droit de demeurer au Canada que garantit le par. 6(1) de la Charte?

[8] Le paragraphe 6(1) de la *Charte* dispose que « [t]out citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d’y entrer ou d’en sortir ». Dans *États-Unis d’Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, notre Cour s’est penchée pour la première fois sur l’interaction entre l’extradition et le droit de demeurer au Canada. Les balises alors proposées ont par la suite été confirmées et précisées dans *États-Unis d’Amérique c. Kwok*, 2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532, et *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761. Six principes tirés de ces arrêts orientent l’analyse qui s’impose pour



to the interpretation of s. 6(1) proposed by the appellants.

(a) *The Jurisprudence*

[9] First, *Cotroni*, *Kwok* and *Lake* hold that extradition constitutes a marginal limitation of the s. 6(1) right to remain in Canada. Although the surrender of a Canadian citizen to a foreign country impairs the individual's right to remain on Canadian soil, s. 6(1) is primarily aimed against exile and banishment, i.e. exclusion from membership in the national community. As a consequence, this limitation "lies at the outer edges of the core values" of s. 6(1): *Cotroni*, at p. 1481.

[10] Second, and flowing from the previous point, extradition will be generally warranted under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limitation of the right to remain in Canada: *Cotroni*, at p. 1483; *Lake*, at para. 37. This is supported by the pressing and substantial objectives of extradition: (1) protecting the public against crime through its investigation; (2) bringing fugitives to justice for the proper determination of their criminal liability; (3) ensuring, through international cooperation, that national boundaries do not serve as a means of escape from the rule of law.

[11] Third, the Minister's discretion to extradite or to prosecute in Canada is a necessary condition for the effective enforcement of the criminal law, and it attracts a high degree of deference: *Cotroni*, at p. 1497; *Kwok*, at paras. 93-96; *Lake*, at para. 34. The Minister's assessment of whether the infringement of a fugitive's s. 6(1) right is justified under s. 1 involves a determination of whether, based on his superior expertise of Canada's international obligations and interests, Canada should defer to the interests of the requesting state. This is mostly a political decision. Courts should interfere with the Minister's discretion only in the "clearest of cases" (*Lake*, at para. 30).

statuer sur l'interprétation du par. 6(1) que préconisent les appelants.

a) *La jurisprudence*

[9] Premièrement, il appert des arrêts *Cotroni*, *Kwok* et *Lake* que l'extradition restreint de manière périphérique le droit de demeurer au Canada garanti au par. 6(1). Certes, l'extradition d'un citoyen canadien vers un pays étranger porte atteinte à son droit de demeurer en sol canadien, mais le par. 6(1) vise principalement à le protéger contre l'expulsion, l'exil et le bannissement, soit l'exclusion de sa participation à la communauté nationale. Partant, il s'agit d'une mesure qui « se situe à la limite des valeurs fondamentales » consacrées par la disposition : *Cotroni*, p. 1481.

[10] Deuxièmement — et de manière corrélative —, l'extradition se justifie généralement au regard de l'article premier de la *Charte* à titre de restriction raisonnable du droit de demeurer au Canada (*Cotroni*, p. 1483; *Lake*, par. 37), étant donné les objectifs urgents et réels de la mesure qui sont (1) de protéger le public contre le crime par la tenue d'une enquête, (2) de traduire en justice un fugitif pour déterminer comme il se doit sa responsabilité criminelle et, (3) grâce à la collaboration internationale, de faire en sorte que le franchissement des frontières nationales ne permette pas à une personne de se soustraire à la justice.

[11] Troisièmement, le pouvoir discrétionnaire du ministre d'extrader une personne vers l'étranger ou de la traduire en justice au Canada est nécessaire à l'application efficace du droit criminel, et la décision qui résulte de son exercice appelle une grande déférence : *Cotroni*, p. 1497; *Kwok*, par. 93-96; *Lake*, par. 34. Lorsqu'il se penche sur la justification au regard de l'article premier de l'atteinte au droit que le par. 6(1) garantit à un fugitif, le ministre, grâce à son expertise supérieure en ce qui concerne les obligations et les intérêts du Canada sur le plan international, décide s'il y a lieu de reconnaître la priorité de l'État requérant. Il s'agit avant tout d'une décision politique. Un tribunal ne doit s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre que dans les « cas les plus clairs » (*Lake*, par. 30).

[12] Fourth, ministerial discretion to extradite is not unfettered. Public authorities must give due regard and weight to the citizen's *Charter* right to remain in Canada in considering whether to prosecute domestically or order surrender. The Minister must order surrender only if satisfied that extradition is more appropriate than domestic prosecution, having balanced all factors which he finds relevant under the circumstances, such as:

- Where was the impact of the offence felt or likely to have been felt?
- Which jurisdiction has the greater interest in prosecuting the offence?
- Which police force played the major role in the development of the case?
- Which jurisdiction has laid charges?
- Which jurisdiction has the most comprehensive case?
- Which jurisdiction is ready to proceed to trial?
- Where is the evidence located?
- Is the evidence mobile?
- How many accused are involved and can they be gathered together in one place for trial?
- In what jurisdiction were most of the acts in furtherance of the crime committed?
- What is the nationality and residence of the accused?
- What is the severity of the sentence that the accused is likely to receive in each jurisdiction?

[13] Fifth, no single factor is dispositive. Nor need all relevant factors be given equal weight. The Minister may decide to grant an extradition request because of one factor which he finds determinative

[12] Quatrièmement, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas illimité. Son titulaire doit dûment tenir compte du droit constitutionnel du citoyen de demeurer au Canada, et de l'importance de ce droit, avant de décider s'il y aura poursuite au pays ou s'il sera fait droit à la demande d'extradition. Le ministre ne prend un arrêté d'extradition que s'il est convaincu que la mesure est préférable à la poursuite de l'intéressé au Canada, une fois mis en balance tous les éléments qu'il juge pertinents dans les circonstances, dont :

- le lieu où se sont fait sentir ou étaient susceptibles de se faire sentir les répercussions de l'infraction;
- le pays qui a le plus grand intérêt à poursuivre l'auteur de l'infraction;
- le corps policier qui a joué le rôle le plus important dans l'évolution du dossier;
- le pays qui a porté les accusations;
- celui qui dispose du dossier le plus étoffé contre l'accusé;
- celui qui est prêt à entreprendre le procès;
- le situs des éléments de preuve;
- leur mobilité;
- le nombre d'accusés et la possibilité de les juger au même endroit;
- le pays dans lequel ont été accomplis la plupart des actes à l'origine du crime;
- la nationalité de l'accusé et son domicile;
- le degré de sévérité de la peine encourue par l'accusé dans chacun des pays.

[13] Cinquièmement, aucun de ces éléments n'est à lui seul déterminant, et tous ne revêtent pas la même importance. Le ministre peut fonder sa décision d'extrader ou non sur l'un d'entre eux qu'il

in a given case. The pertinence and significance of the “*Cotroni* factors” vary from case to case: *Lake*, at para. 30. Nothing precludes the Minister from paying more heed to one factor than another in a given case. The inquiry is essentially a fact-based, balancing assessment within the expertise of the Minister.

[14] Sixth, the question of whether a Canadian prosecution is a realistic option is simply one factor that must be considered. It is not the determinative factor in the Minister’s assessment: *Cotroni*, at p. 1494; *Kwok*, at para. 92; *Lake*, at para. 37. In *Kwok*, Arbour J. noted that “[t]he efficacy of a prosecution goes beyond simply determining whether it has any chance of resulting in a conviction. It requires an assessment, in the public interest, of all the costs and risks involved, including delay, inconvenience to witnesses and applicable rules” (para. 90). In addition, the interest of the foreign nation in prosecuting the fugitive on its territory must not be neglected. Indeed, it would not be wrong for a Minister, after having pondered all the relevant factors, to “yield to the superior interest of the Requesting State, even in a case where some form of prosecution in Canada [was] not materially impossible or totally unlikely to succeed” (*Kwok*, at para. 91).

(b) *Should the Jurisprudence be Reconsidered?*

[15] The appellants ask the Court to reconsider *Cotroni*. First, they submit that extradition should no longer automatically be seen as a marginal limitation of the right to remain in Canada, “[l]ying] at the outer edges of the core values” protected by s. 6(1) of the *Charter* (Sriskandarajah factum, at para. 37). They submit that where a citizen is sought by a foreign country which has a weak claim of jurisdiction “by Canadian lights”, extradition should be seen as a more serious infringement of s. 6(1) than contemplated in *Cotroni* (at para. 52). They say this evolution is needed because of recent trends in extradition and criminal justice, in particular the emergence of sweeping claims of

juge déterminant dans un cas particulier. La pertinence et l’importance de chacun des « éléments de *Cotroni* » varient d’un cas à l’autre : *Lake*, par. 30. Rien n’empêche le ministre d’accorder plus d’importance à l’un d’eux dans une affaire donnée. Il s’agit essentiellement d’une entreprise de pondération axée sur les faits qui relève de son expertise.

[14] Sixièmement, la possibilité réaliste d’une poursuite en sol canadien n’est qu’une considération, et elle n’est pas déterminante dans l’appréciation du ministre : *Cotroni*, p. 1494; *Kwok*, par. 92; *Lake*, par. 37. Pour reprendre les propos de la juge Arbour dans l’arrêt *Kwok*, « [l]’efficacité de poursuites ne dépend pas simplement de la question de savoir si elles présentent quelque chance que ce soit d’aboutir à une déclaration de culpabilité. Il faut également tenir compte, eu égard à l’intérêt public, de tous les coûts et risques afférents aux poursuites, y compris des délais, des inconvénients pour les témoins et des règles applicables » (par. 90). En outre, l’intérêt de l’État étranger à poursuivre le fugitif sur son propre territoire n’est pas à négliger. En effet, le ministre pourrait être justifié, après la mise en balance de tous les éléments pertinents, de « s’incliner devant l’intérêt supérieur de l’État requérant, même dans les cas où le dépôt de certaines accusations au Canada n’est pas essentiellement impossible ou entièrement dénué de toute chance de succès » (*Kwok*, par. 91).

b) *Convient-il de s’écarter de la jurisprudence applicable?*

[15] Les appelants demandent à la Cour de rompre avec l’arrêt *Cotroni*. Selon eux, on ne devrait plus considérer d’emblée que l’extradition restreint de manière périphérique le droit de demeurer au Canada et qu’elle [TRADUCTION] « se situe à la limite des valeurs fondamentales » protégées par le par. 6(1) de la *Charte* (mémoire Sriskandarajah, par. 37). À leur avis, l’extradition requise par un État dont la compétence revendiquée est faible « du point de vue canadien » devrait être considérée comme une atteinte au droit garanti au par. 6(1) plus grande que ce qu’estime la Cour dans l’arrêt *Cotroni* (par. 52). Ils ajoutent que l’évolution récente observée en matière d’extradition et

jurisdiction by foreign states over the conduct of Canadian citizens within Canadian territory.

[16] On the basis of this revised interpretation of s. 6(1), the appellants argue that two factors should have near-dispositive weight in the s. 1 analysis: (1) a weak claim of jurisdiction by the foreign state; and (2) a realistic possibility of prosecuting in Canada. They argue that if the requesting state's claim of jurisdiction is weak or there is a realistic possibility of prosecuting a citizen in Canada for the crimes, the Minister will not be justified in ordering the surrender of the citizen in question.

[17] To accept the appellant's propositions would amount to overruling *Cotroni*, *Kwok* and *Lake*. The appellants' interpretation of s. 6(1) of the *Charter* departs from the *Cotroni* jurisprudence in two important ways. First, it rejects the proposition that extradition is a marginal limitation of the right to remain in Canada. Second, it abandons the view that ministerial discretion is not conclusively bound by any of the *Cotroni* factors.

[18] The Court does not lightly depart from the law set out in the precedents. Adherence to precedent has long animated the common law: "... it is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation" (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1770), Book I, at p. 69). The rule of precedent, or *stare decisis*, promotes predictability, reduces arbitrariness, and enhances fairness, by treating like cases alike.

[19] Exceptionally, this Court has recognized that it may depart from its prior decisions if there are compelling reasons to do so: *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 44. The benefits must outweigh the costs. For instance, compelling reasons will be found when a precedent has become unworkable, when its validity has been

de justice pénale, en particulier la revendication par des États étrangers de leur compétence sur des actes commis par des Canadiens au Canada, rendrait nécessaire cette rupture avec l'arrêt *Cotroni*.

[16] Au vu de cette nouvelle interprétation du par. 6(1), les appelants soutiennent que deux éléments devraient en somme être déterminants dans l'analyse que commande l'article premier : (1) la faiblesse de la compétence revendiquée par l'autre État et (2) la possibilité réaliste de poursuivre l'intéressé au Canada. Ils font valoir que lorsque l'une ou l'autre condition s'applique, le ministre n'est pas justifié d'ordonner l'extradition du citoyen en cause.

[17] Faire droit à la thèse des appelants revient à infirmer les arrêts *Cotroni*, *Kwok* et *Lake*. L'interprétation du par. 6(1) de la *Charte* ainsi préconisée rompt avec le courant établi dans *Cotroni*, et ce, sous deux aspects importants. Premièrement, elle contredit le principe selon lequel l'extradition restreint de manière périphérique le droit de demeurer au Canada. Deuxièmement, elle fait fi du principe voulant que, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le ministre ne soit lié par aucun des éléments relevés dans *Cotroni*.

[18] La Cour ne s'écarte pas à la légère des règles qu'elle a établies précédemment. Le respect des précédents anime traditionnellement la common law : [TRADUCTION] « ... c'est une règle établie de s'en tenir aux décisions antérieures lorsqu'un même litige se présente » (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (4<sup>e</sup> éd. 1770), Livre I, p. 69). En faisant en sorte que des affaires semblables reçoivent un traitement semblable, le *stare decisis* (ou le respect des précédents) favorise la prévisibilité et l'équité tout en limitant le recours à l'arbitraire.

[19] C'est exceptionnellement que la Cour a reconnu qu'elle pouvait rompre avec ses décisions antérieures lorsque des raisons impérieuses le justifiaient : *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 44. Les avantages doivent alors l'emporter sur les inconvénients. Des raisons impérieuses s'entendent par exemple du fait qu'un

undermined by subsequent jurisprudence or when it has been decided on the basis of considerations that are no longer relevant.

[20] No compelling reasons have been shown to depart from the principles set out in *Cotroni*, *Kwok* and *Lake*. These principles have been consistently and repeatedly upheld by this Court. The common theme is that extradition, unlike exile and banishment, does not lie at the core of the right to remain in Canada under s. 6(1) of the *Charter*. A Canadian citizen who is extradited to stand trial in a foreign state does not necessarily become *persona non grata*: the accused may return to Canada if he is acquitted or, if he is convicted, at the end of his sentence or even to serve his sentence in accordance with the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21. Extradition does not violate the core values of s. 6(1), but rather, it fulfills the needs of an effective criminal justice system.

[21] The appellants have not shown that the considerations on which *Cotroni* (1989), *Kwok* (2001) and *Lake* (2008) were based are no longer valid. If anything, the march of globalization calls for increased international cooperation in law enforcement.

[22] The decision to extradite is a complex matter, involving numerous factual, geopolitical, diplomatic and financial considerations. A strong factor in one case may be a weak factor in another. This supports maintaining a non-formalistic test that grants flexibility to the Minister's decision when faced with a foreign state's request. The Minister of Justice has superior expertise in this regard, and his discretion is necessary for the proper enforcement of the criminal law.

[23] More particularly, the case for elevating either of the factors on which the appellants rely to near-dispositive factors has not been made. It is for the Minister to decide whether granting the foreign state's request of extradition is appropriate in the

précédent est devenu inapplicable, que l'évolution du droit remet en question sa validité ou qu'il s'appuie sur des considérations qui ne valent plus.

[20] En l'espèce, nulle raison impérieuse ne justifie la Cour de s'écarter des principes établis dans les arrêts *Cotroni*, *Kwok* et *Lake*, puis confirmés maintes fois par la Cour. Il ressort de cette jurisprudence que, contrairement à l'expulsion, à l'exil et au bannissement, l'extradition ne heurte pas fondamentalement le droit de demeurer au Canada que garantit le par. 6(1) de la *Charte*. Le citoyen canadien extradé pour être traduit en justice dans un autre État ne devient pas forcément *persona non grata*. Il peut en effet rentrer au pays s'il est acquitté ou, lorsqu'il est déclaré coupable, il peut revenir au pays après avoir purgé sa peine, voire pour y purger sa peine conformément à la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21. L'extradition ne porte pas atteinte aux valeurs fondamentales consacrées par le par. 6(1), mais répond plutôt à la nécessité d'un système de justice pénale efficace.

[21] Les appelants n'ont pas démontré que les considérations sur lesquelles reposent les arrêts *Cotroni* (1989), *Kwok* (2001) et *Lake* (2008) ne tiennent plus. La mondialisation appelle plutôt une collaboration internationale accrue dans l'application de la loi.

[22] Complexe, la décision d'extrader ou non fait intervenir de nombreuses considérations d'ordre factuel, géopolitique, diplomatique et financier. Un élément important dans un cas peut l'être beaucoup moins dans un autre, d'où la nécessité d'un test dépourvu de formalisme qui assure au ministre la souplesse voulue pour donner suite à la requête de l'État étranger. Le ministre de la Justice dispose d'une expertise supérieure à cet égard, et le pouvoir discrétionnaire dont il est investi est nécessaire à la bonne application du droit criminel.

[23] Plus particulièrement, la thèse des appelants selon laquelle l'un ou l'autre des éléments qu'ils invoquent est pratiquement décisif ne me convainc pas. Il appartient au ministre de décider s'il y a lieu d'accéder ou non à la demande d'extradition dans

circumstances. The ability of Canada to prosecute the offences remains but one factor in this inquiry, and may be offset by other factors, such as where the prosecution may most efficaciously be carried out. Extradition is not to be avoided at all costs. In an age when crimes span borders, states should not be reduced to piecemeal prosecutions of one perpetrator in one jurisdiction and another in another jurisdiction. Nor is the strength of the foreign jurisdiction's claim to prosecute always determinative. It is one factor among others. A highly tenuous claim of jurisdiction might be a reason to refuse extradition, to be sure. However, a weak claim does not conclusively entail an unjustified breach of s. 6(1). Rather, the weakness of a claim of jurisdiction informs the reasonableness of the Minister's decision, which I discuss later.

#### 5. The Argument on Procedural Fairness

[24] The appellants argue that the Minister's duty of procedural fairness goes beyond providing reasons to explain which *Cotroni* factors prompted his decision. Procedural fairness, they say, also requires the Minister of Justice to obtain and disclose the assessment of the Public Prosecution Service of Canada ("PPSC") on whether to prosecute them in Canada. The appellants argue that they should be given time to respond to the prosecution assessment by the PPSC, following which the Minister should address their concerns in his final decision to extradite. They submit that disclosure is important because the decision not to lay charges in Canada was a key factor in the final decision to extradite. They add that this would ensure that the prosecutorial authorities' assessment was not based on erroneous or outdated information.

[25] The Minister refused the appellants' requests for this information, stating that he had provided the appellants with all of the materials which he had considered in making the decisions on surrender, with the exception of legal advice, and that he had not been provided with a copy of any PPSC assessment. With respect to the PPSC's assessment

les circonstances. La possibilité d'une poursuite au Canada ne constitue qu'un élément à considérer lors de cet examen et elle peut être écartée par d'autres, tel le pays où la poursuite pourrait être engagée le plus efficacement. L'extradition n'est pas une mesure à éviter coûte que coûte. À une époque où la criminalité se moque des frontières, les États ne sauraient être condamnés à poursuivre les délinquants séparément, chacun d'eux poursuivant ses propres ressortissants sur son territoire. En outre, l'importance de la compétence revendiquée par l'État étranger n'est pas toujours déterminante; il s'agit d'un élément parmi d'autres. La demande qui repose sur une compétence ténue peut certes emporter le refus d'extrader. Toutefois, la faiblesse de la compétence n'emporte pas forcément une atteinte injustifiée au droit garanti au par. 6(1). Elle joue en fait sur le caractère raisonnable de la décision du ministre, ce sur quoi je reviendrai.

#### 5. L'allégation d'iniquité procédurale

[24] Les appelants prétendent que l'obligation d'équité procédurale qui incombe au ministre de la Justice ne se résume pas à justifier les éléments issus de *Cotroni* qui fondent sa décision. Selon eux, l'équité procédurale commande qu'il obtienne et communique le rapport du Service des poursuites pénales du Canada (le « SPPC ») sur l'opportunité de poursuites au Canada. En outre, un délai devrait leur être accordé pour répondre à ce rapport, après quoi le ministre devrait tenir compte de leurs observations avant de se prononcer définitivement sur la demande d'extradition. La communication du rapport est importante à leurs yeux, car la décision de ne pas déposer d'accusations au Canada a joué considérablement dans la décision finale de les extrader. Ils ajoutent que la communication du rapport permet de s'assurer que le SPPC ne s'appuie pas sur des données erronées ou périmées.

[25] Le ministre a refusé d'accéder à la demande des appelants. Il a dit leur avoir communiqué tous les documents considérés avant que ne soient pris les arrêtés d'extradition, à l'exception de l'avis juridique, et qu'il n'avait pas obtenu copie de quelque analyse effectuée par le SPPC. Au sujet du rapport du SPPC, le ministre a estimé que la décision de

of prosecution in Canada, the Minister took the position that the decision whether to prosecute in Canada was only one of many relevant factors, and pointed out that the appellant's right of appeal was from the decision to extradite, not the decision whether to prosecute, which involves prosecutorial discretion. (See Minister's Reasons on Surrender re Sriskandarajah, A.R., vol. I, at pp. 50-51; see also Minister's reasons on Surrender re Nadarajah, at pp. 58-59.)

[26] The appellants' submission that they are entitled to see the PPSC's prosecution assessment cannot be sustained.

[27] First and foremost, prosecutorial authorities are not bound to provide reasons for their decisions, absent evidence of bad faith or improper motives: *Kwok*, at paras. 104-108. Not only does prosecutorial discretion accord with the principles of fundamental justice — it constitutes an indispensable device for the effective enforcement of the criminal law: *Cotroni*, at pp. 1497-98. The appellants do not allege bad faith. Their request to see the prosecution assessment is a thinly disguised attempt to impugn the state's legitimate exercise of prosecutorial authority.

[28] Second, as the Minister pointed out, the ability to prosecute in Canada is but one of many factors to be considered in deciding whether to extradite a person for prosecution in another country. Procedural fairness does not require the Minister to obtain and disclose every document that may be indirectly connected to the process that ultimately led him to decide to extradite.

[29] Finally, concerns that the decision may have been based on outdated information are met by the appellants' ability to bring full and correct information to the attention of the Minister. In turn, the Minister must, in good faith, transfer to the prosecution authorities the information he finds relevant.

poursuivre ou non au Canada ne constituait que l'un des nombreux éléments à prendre en compte. Il a souligné que les appelants pouvaient interjeter appel, non pas de la décision de ne pas les poursuivre au Canada, qui relevait du pouvoir discrétionnaire du poursuivant, mais de sa décision de les extraditer. (Voir les motifs du ministre d'ordonner l'extradition de M. Sriskandarajah, d.a., vol. I, p. 50-51; voir également les motifs du ministre d'ordonner l'extradition de M. Nadarajah, p. 58-59.)

[26] La prétention des appelants selon laquelle ils ont droit à la communication du rapport du SPPC ne peut être retenue.

[27] D'abord et avant tout, sauf preuve de sa mauvaise foi ou du caractère inapproprié de ce qui l'a animé, le poursuivant n'est pas tenu de motiver sa décision : *Kwok*, par. 104-108. Le pouvoir discrétionnaire du poursuivant est non seulement conforme aux principes de justice fondamentale, mais il représente un mécanisme essentiel d'application efficace du droit criminel : *Cotroni*, p. 1497-1498. Or, les appelants n'allèguent pas la mauvaise foi. Leur requête visant l'obtention du rapport du SPPC constitue une tentative à peine voilée de contester l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire de l'État d'engager ou non des poursuites.

[28] Ensuite, comme le signale le ministre, la possibilité de poursuivre au Canada ne constitue qu'un des nombreux éléments dont il faut tenir compte pour décider s'il convient ou non d'extrader une personne pour qu'elle subisse un procès dans le pays requérant. L'équité procédurale n'exige pas du ministre qu'il obtienne et communique chacun des documents susceptibles d'avoir un lien indirect avec la procédure au terme de laquelle la décision d'extrader l'intéressé a été prise.

[29] Enfin, en ce qui concerne l'éventualité que le SPPC se prononce à partir de renseignements périmés, les appelants ont la faculté de présenter au ministre des renseignements complets et exacts, auquel cas ce dernier doit faire preuve de bonne foi et transmettre les données qu'il juge pertinentes au SPPC.

[30] As a matter of procedural fairness, full *Stinchcombe*-type disclosure is not required at the surrender stage: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. The Minister must present the fugitive with adequate disclosure of the case against him or her, and with a reasonable opportunity to state his or her case against surrender (*Kwok*, at paras. 99 and 104), and he must provide sufficient reasons for his decision to surrender (*Lake*, at para. 46; *Kwok*, at para. 83). In this case, the Minister complied with these requirements.

[31] I conclude that the claim of procedural unfairness has not been established.

6. Were the Minister's Decisions Unreasonable?

[32] The appellants argue that the Minister's decisions to order their surrender to the United States was unreasonable because he failed to consider all relevant factors bearing on the *Cotroni* assessment. In particular, they submit, the Minister failed to address (1) the weak American claim of jurisdiction over the appellants' alleged conduct, and (2) the ability to prosecute in Canada. Accordingly, extradition was an unjustifiable limitation on the appellants' s. 6(1) rights.

[33] As explained above, the Minister's order of surrender is a political decision that attracts a high degree of judicial deference. The *Extradition Act* confers broad discretion on the Minister's decision to extradite: s. 7.

[34] In these cases, the record shows that the Minister properly considered and weighed the factors relevant to the situation of the appellants. With respect to the appellants' first concern, the Minister found that the "negative impact of [their] actions, when considered in concert with the alleged actions of [their] many co-conspirators, would have been felt in jurisdictions outside of Canada", implicitly including the United States (A.R., vol. I, at pp. 54 and 60). Additionally, it seems clear on the facts alleged here that the conduct described

[30] À l'étape de l'arrêté d'extradition, l'équité procédurale ne commande pas une communication de type *Stinchcombe* : *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Le ministre doit révéler de manière suffisante au fugitif la preuve dont il dispose contre lui et lui donner la possibilité de faire valoir ce qui milite contre son extradition (*Kwok*, par. 99 et 104); il doit en outre étayer suffisamment sa décision d'extrader le fugitif (*Lake*, par. 46; *Kwok*, par. 83). En l'espèce, le ministre a satisfait à ces exigences.

[31] Je conclus que les appelants n'ont pas fait la preuve de l'iniquité procédurale alléguée.

6. Les décisions du ministre sont-elles déraisonnables?

[32] Les appelants font valoir que les décisions d'ordonner leur extradition vers les États-Unis sont déraisonnables car, pour y arriver, le ministre n'a pas tenu compte de tous les éléments qui jouent dans l'analyse fondée sur l'arrêt *Cotroni*, dont, tout particulièrement, (1) la faiblesse de la compétence revendiquée par les États-Unis sur les actes reprochés aux appelants et (2) la possibilité d'une poursuite au Canada. Par conséquent, l'extradition constituerait une restriction injustifiée des droits que le par. 6(1) garantit aux appelants.

[33] Comme je l'explique précédemment, l'arrêté d'extradition que prend le ministre est une décision de nature politique qui appelle un degré élevé de déférence judiciaire. L'article 7 de la *Loi sur l'extradition* confère au ministre un large pouvoir discrétionnaire en la matière.

[34] En l'espèce, il appert du dossier que le ministre a dûment examiné et mis en balance les éléments pertinents eu égard à la situation des appelants. En ce qui a trait à la première crainte des appelants, le ministre a conclu que les [TRADUCTION] « répercussions négatives de [leurs] actes, considérées de pair avec celles des actes reprochés à [leurs] nombreux coconspirateurs, se seraient fait sentir à l'étranger » (d.a., vol. I, p. 54 et 60), ce qui englobe tacitement les États-Unis. En outre, il ressort des faits allégués en l'espèce que les actes imputés



is connected in one way or another with the use of e-mail accounts, companies and bank accounts based within the United States. With respect to the appellants' second concern, the Minister considered whether prosecution should proceed in Canada and concluded that this factor did not negate extradition.

[35] In concluding that extradition was a justifiable limitation of the appellants' s. 6(1) right, the Minister provided five reasons which were relevant: the investigation was initiated and developed by American authorities; charges have been laid in the U.S.; the U.S. is ready to proceed to trial; all of the co-accuseds have been charged in the U.S.; and most of the witnesses are located in the U.S. Contrary to the suggestion of the appellants (Sriskandarajah factum, at paras. 78-82), the Minister did not ascribe determinative weight to the fact that the PPSC decided not to lay charges in Canada against them. The Minister conducted an independent *Cotroni* assessment and concluded that the surrender of the appellants would not unjustifiably violate their s. 6(1) rights, principally on the basis of the fact that the U.S. had taken the lead in investigating and prosecuting the actions of the appellants. The Minister's conclusion that there were sufficient links to the U.S. to justify extradition flowed from this independent assessment and has not been shown to be unreasonable on the evidence.

[36] The claim that the Minister's decision was unreasonable must be rejected.

## 7. Conclusion

[37] The appeals are dismissed and the orders of surrender confirmed.

*Appeals dismissed.*

*Solicitors for the appellants: John Norris, Toronto; Di Luca Copeland Davies, Toronto.*

*Solicitor for the respondents: Attorney General of Canada, Toronto; Attorney General of Canada, Ottawa.*

supposent d'une manière ou d'une autre l'utilisation de comptes de messagerie électronique, de sociétés et de comptes bancaires aux États-Unis. En ce qui a trait à leur seconde crainte, le ministre, après avoir analysé l'opportunité d'une poursuite au Canada, conclut que cet élément n'exclut pas l'extradition.

[35] Le ministre invoque cinq motifs valables pour étayer sa conclusion que l'extradition constitue une restriction justifiable du droit que le par. 6(1) garantit aux appelants : l'enquête a été ouverte et menée par les autorités américaines; des accusations ont été portées aux États-Unis; ce pays est prêt à entreprendre le procès; des accusations ont été portées aux États-Unis contre tous les coaccusés; la plupart des témoins se trouvent dans ce pays. Contrairement à ce que laissent entendre les appelants (mémoire Sriskandarajah, par. 78-82), le ministre ne tient pas pour déterminante la décision du SPPC de ne pas porter d'accusations contre eux au Canada. À l'issue d'un examen indépendant des éléments de *Cotroni*, il a conclu que l'extradition des appelants ne porterait pas atteinte de manière injustifiable aux droits que leur garantit le par. 6(1), et ce, principalement parce que les États-Unis avaient une longueur d'avance dans l'enquête sur les faits allégués et dans la poursuite des appelants. La conclusion du ministre selon laquelle les liens avec les États-Unis suffisaient à justifier l'extradition découle de cet examen indépendant et il n'a pas été démontré qu'elle est déraisonnable eu égard à la preuve.

[36] La prétention selon laquelle la décision du ministre est déraisonnable doit être rejetée.

## 7. Conclusion

[37] Je suis d'avis de rejeter les pourvois et de confirmer les arrêtés d'extradition.

*Pourvois rejetés.*

*Procureurs des appelants : John Norris, Toronto; Di Luca Copeland Davies, Toronto.*

*Procureur des intimés : Procureur général du Canada, Toronto; Procureur général du Canada, Ottawa.*

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

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kapoor Barristers, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

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

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Kapoor Barristers, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*



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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL  
JANICE CHENEY  
CHANTAL DEMERS  
VALERIE DESJARLAIS  
GENEVIÈVE DOMEY  
LEE ANN GORMAN

SÉBASTIEN LAFRANCE  
KAREN LEVASSEUR  
LORRAINE PILETTE  
RÉMI SAMSON  
LOUISE SAVARD

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

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY  
STEPHEN BALOGH

MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU  
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET  
MONIQUE DELORME

NANCY MCCAUGHAN  
PAULINE MCTAVISH

ANNE-MARIE NOËL  
JEAN-FRANÇOIS SCHAAN

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

Administrative Assistants / Adjointes administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

## CONTENTS

|                                      |      |
|--------------------------------------|------|
| Title Page .....                     | i    |
| List of Judges .....                 | ii   |
| Errata .....                         | iv   |
| Motions .....                        | v    |
| Table of Judgments .....             | xiii |
| Table of Cases Cited .....           | xxi  |
| Statutes and Regulations Cited ..... | xli  |
| Authors Cited .....                  | xlvi |
| Index .....                          | 863  |

### **Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada (Attorney General) ..... 660**

Pensions — Pension plans — Surplus — Public sector pension plans administered by government — Government amortizing actuarial surpluses in Superannuation Accounts — New legislation coming into force on April 1, 2000 amending Superannuation Acts — Government debiting over \$28 billion directly from Superannuation Accounts on basis of new legislation — Whether Superannuation Accounts contain assets — Whether government owes fiduciary duty to Plan members — Whether constructive trust should be imposed over balances in Superannuation Accounts as of March 31, 2000 — Whether new legislation authorizing government to debit actuarial surpluses in Superannuation Accounts — Public Service Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. P-36 — Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. C-17 — Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. R-11 — Public Sector Pension Investment Board Act, S.C. 1999, c. 34.

### **R. v. Davey ..... 828**

Criminal law — Jurors — Selection — Appellant convicted of first degree murder for killing police officer — Prior to trial, Crown seeking personal opinions of local police officers as to “suitability” of prospective jurors for use in exercise of peremptory challenges — Neither annotated jury panel lists setting out opinions of local police officers nor fact that inquiries had been made was disclosed to defence — Whether it was appropriate to seek such opinions — Whether there should have been disclosure of same — Whether there is a reasonable possibility that such conduct affected trial fairness or gave rise to an appearance of unfairness, such that a miscarriage of justice occurred — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(iii).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

|                                 |        |
|---------------------------------|--------|
| Page titre .....                | i      |
| Liste des juges .....           | iii    |
| Errata .....                    | iv     |
| Requêtes .....                  | v      |
| Table des jugements .....       | xix    |
| Table de la jurisprudence ..... | xxxi   |
| Lois et règlements cités .....  | xliiii |
| Doctrine citée .....            | xlvi   |
| Index .....                     | 869    |

### **Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général) ..... 660**

Pensions — Régimes de pension — Surplus — Régimes de pension du secteur public administrés par le gouvernement — Amortissement par le gouvernement de surplus actuariels dans les comptes de pension de retraite — Lois sur les pensions modifiées par de nouvelles dispositions législatives entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2000 — Gouvernement ayant porté plus de 28 milliards de dollars directement au débit des comptes de pension de retraite en application des nouvelles dispositions — Les comptes de pension de retraite contiennent-ils des éléments d’actif? — Le gouvernement a-t-il une obligation fiduciaire envers les membres des régimes? — Une fiducie par interprétation devrait-elle être imposée relativement aux soldes des comptes de pension de retraite au 31 mars 2000? — Les nouvelles dispositions législatives autorisaient-elles le gouvernement à porter les surplus actuariels au débit des comptes de pension de retraite? — Loi sur la pension de la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-36 — Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, L.R.C. 1985, ch. C-17 — Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, ch. R-11 — Loi sur l’Office d’investissement des régimes de pensions du secteur public, L.C. 1999, ch. 34.

### **R. c. Davey ..... 828**

Droit criminel — Jurés — Sélection — Appellant déclaré coupable du meurtre au premier degré d’un policier — Demande adressée par la Couronne à des policiers de l’endroit avant le procès et sollicitant leur opinion personnelle sur l’« aptitude » des candidats jurés en vue de l’utilisation de ses récusations péremptoires — Ni les tableaux des jurés annotés faisant état des opinions des policiers de l’endroit, ni le fait que des demandes de renseignements avaient été présentées n’ont été communiqués à la défense — Était-il acceptable de solliciter

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **R. v. Emms ..... 810**

Criminal law — Jurors — Selection — Appellant convicted of fraud — Prior to jury selection, Crown requesting that police conduct criminal record checks of prospective jurors and also provide comments on whether any prospective jurors were “disreputable persons” — None of the information received in response by Crown disclosed to defence — Whether it was appropriate to seek such information — Whether there should have been disclosure of same — Whether there is a reasonable possibility that such conduct affected trial fairness or gave rise to an appearance of unfairness, such that a miscarriage of justice occurred.

### **R. v. N.S. .... 726**

Charter of Rights — Freedom of religion — Right to fair hearing — Right to make full answer and defence — Muslim witness at preliminary hearing in sexual assault trial wanting to testify with her face covered by niqab — Whether requiring witness to remove the niqab while testifying would interfere with her religious freedom — Whether permitting her to wear niqab while testifying would create a serious risk to trial fairness — Whether both rights could be accommodated to avoid conflict between them — If not, whether salutary effects of requiring the witness to remove niqab outweigh deleterious effects — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(a), 7, 11(d).

Criminal law — Evidence — Cross-examination — Muslim witness at preliminary hearing in sexual assault trial wanting to testify with her face covered by niqab — Whether permitting her to wear niqab while testifying would create a serious risk to trial fairness.

### **R. v. Yumnu ..... 777**

Criminal law — Jurors — Selection — Appellants convicted of first degree murder and conspiracy to commit murder — Prior to jury selection, Crown requesting that police conduct criminal record checks of prospective jurors and also provide comments on whether any prospective jurors were “disreputable persons” — None of the information received in response by Crown disclosed to defence — Whether it was appropriate to seek such information — Whether there should have been disclosure of same — Whether there is a reasonable possibility that such conduct affected trial fairness or gave rise to an appearance of unfairness, such that a miscarriage of justice occurred.

### **Teva Canada Ltd. v. Pfizer Canada Inc. .... 625**

Intellectual property — Patents — Disclosure requirements — Patent for use of compound to treat erectile dysfunction — Patent application containing cascading claims ending with two individual compounds — Claims not

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de telles opinions? — Les opinions obtenues auraient-elles dû être communiquées? — Existe-t-il une possibilité raisonnable qu’une telle conduite ait nui à l’équité du procès ou ait donné lieu à une apparence d’iniquité entraînant une erreur judiciaire? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1a)(iii).

### **R. c. Emms ..... 810**

Droit criminel — Jurés — Sélection — Appellant déclaré coupable de fraude — Demande de la Couronne présentée à la police avant la sélection du jury pour que cette dernière procède à la vérification du casier judiciaire des candidats jurés et précise s’il s’agissait de « personnes peu recommandables » — Aucun des renseignements reçus par le ministère public n’a été communiqué à la défense — Une telle demande était-elle acceptable? — Ces renseignements auraient-ils dû être communiqués? — Existait-il une possibilité raisonnable qu’une telle conduite ait nui à l’équité du procès ou ait donné lieu à une apparence d’iniquité entraînant une erreur judiciaire?

### **R. c. N.S. .... 726**

Charte des droits — Liberté de religion — Procès équitable — Droit de présenter une défense pleine et entière — À l’enquête préliminaire dans un procès pour agression sexuelle, musulmane voulant témoigner en conservant le niqab qui lui recouvre le visage — L’obligation faite au témoin d’enlever son niqab pour témoigner porte-t-elle atteinte à sa liberté de religion? — Permettre au témoin de porter son niqab pendant son témoignage poserait-il un risque sérieux pour l’équité du procès? — Les deux droits peuvent-ils être conciliés de façon à éviter le conflit qui les oppose? — Dans la négative, les effets bénéfiques de l’obligation faite au témoin d’enlever son niqab sont-ils plus importants que ses effets préjudiciables — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a), 7, 11d).

Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire — À l’enquête préliminaire dans un procès pour agression sexuelle, musulmane voulant témoigner en conservant le niqab qui lui recouvre le visage — Permettre au témoin de porter son niqab pendant son témoignage poserait-il un risque grave pour l’équité du procès?

### **R. c. Yumnu ..... 777**

Droit criminel — Jurés — Sélection — Appellants déclarés coupables de meurtre au premier degré et de complot en vue de commettre un meurtre — Demande de la Couronne présentée à la police avant la sélection du jury pour que cette dernière procède à la vérification du casier judiciaire des candidats jurés et précise s’il s’agissait de « personnes peu recommandables » — Aucun des renseignements reçus par le ministère public n’a été communiqué à la défense — Une

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

specifying active compound — Whether patent application meeting disclosure requirements of Patent Act — Whether patent based on sound prediction — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 27(3).

## SOMMAIRE (Fin)

telle demande était-elle acceptable? — Ces renseignements auraient-ils dû être communiqués? — Existait-il une possibilité raisonnable qu'une telle conduite ait nui à l'équité du procès ou ait donné lieu à une apparence d'iniquité entraînant une erreur judiciaire?

### **Teva Canada Ltée c. Pfizer Canada Inc. .... 625**

Propriété intellectuelle — Brevets — Exigences de divulgation — Brevet délivré pour l'utilisation d'un composé dans le traitement de la dysfonction érectile — Demande de brevet renfermant des revendications en cascade dont les deux dernières visaient deux composés individuels — Omission de préciser l'ingrédient actif dans les revendications — La demande de brevet satisfaisait-elle aux exigences de divulgation prévues par la Loi sur les brevets? — Le brevet était-il fondé sur une prédiction valable? — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 27(3).



## 2012 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 / Registrataire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registrataire adjointe  
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef  
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL  
JANICE CHENEY  
CHANTAL DEMERS  
VALÉRIE DESJARLAIS  
GENEVIÈVE DOMEY  
LEE ANN GORMAN

SÉBASTIEN LAFRANCE  
KAREN LEVASSEUR  
LORRAINE PILETTE  
RÉMI SAMSON  
LOUISE SAVARD

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

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY  
STEPHEN BALOGH

MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU  
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET  
MONIQUE DELORME

NANCY MCCAUGHAN  
PAULINE MCTAVISH

ANNE-MARIE NOËL  
JEAN-FRANÇOIS SCHAAN

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

Administrative Assistants / Adjointes administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ                      MANON PLOUFFE



**JUDGES**  
**OF THE**  
**SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable LOUIS LEBEL

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

The Honourable MICHAEL J. MOLDAVER

The Honourable ANDROMACHE KARAKATSANIS

The Honourable RICHARD WAGNER

**JUGES**  
**DE LA**  
**COUR SUPRÊME DU CANADA**

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable LOUIS LeBEL

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

L'honorable MICHAEL J. MOLDAVER

L'honorable ANDROMACHE KARAKATSANIS

L'honorable RICHARD WAGNER

## ERRATA

[2012] 1 S.C.R., p. 395, 2nd heading of the caption, French version, lines 6-7. Read “Le Comité a-t-il mis en balance comme il se doit les valeurs” instead of “Le Comité a-t-il correctement mis en balance les valeurs”.

[2012] 1 S.C.R., p. 427, para. 58, line 2 of the French version. Read “le décideur a mis en balance comme il se doit la valeur” instead of “le décideur a correctement mis en balance la valeur”.

[2012] 1 R.C.S., p. 395, 2<sup>e</sup> rubrique de l’abstrat de la version française, lignes 6-7. Lire « Le Comité a-t-il mis en balance comme il se doit les valeurs » au lieu de « Le Comité a-t-il correctement mis en balance les valeurs ».

[2012] 1 R.C.S., p. 427, par. 58, ligne 2 de la version française. Lire « le décideur a mis en balance comme il se doit la valeur » au lieu de « le décideur a correctement mis en balance la valeur ».

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

|  | PAGE     |   | PAGE     |
|--|----------|---|----------|
| <b>B</b>                                       |          |   |          |
| <i>Broadcasting Act</i> , S.C. 1991, c. 11     |          | s. 258(1)(d.1) .....                                  | 187      |
| s. 2 .....                                     | 489      | s. 676(1)(a) .....                                    | 74, 157  |
| s. 3 .....                                     | 489      | s. 686(1)(a)(iii) .....                               | 828      |
| s. 5 .....                                     | 489      | <b>E</b>  |          |
| s. 9 .....                                     | 489      | <i>Extradition Act</i> , S.C. 1999, c. 18 .....       | 609      |
| s. 10 .....                                    | 489      | <b>H</b>  |          |
| <b>C</b>                                       |          |   |          |
| <i>Canada Elections Act</i> , S.C. 2000, c. 9  |          | <i>Human Rights Code</i> , R.S.B.C. 1996, c. 210      |          |
| s. 524(1)(b) .....                             | 76       | s. 8 .....  | 360      |
| s. 531(2) .....                                | 76       | <b>I</b>  |          |
| <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> |          | <i>Income Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) |          |
| s. 1 .....                                     | 187      | s. 69(2) .....  | 3        |
| s. 2(a) .....                                  | 726      | <b>P</b>  |          |
| s. 2(b) .....                                  | 555      | <i>Patent Act</i> , R.S.C. 1985, c. P-4               |          |
| s. 6(1) .....                                  | 609      | s. 27(3) .....  | 625      |
| s. 7 .....                                     | 187, 726 | <i>Public Sector Pension Investment Board Act</i> ,   |          |
| s. 8 .....                                     | 34, 408  | S.C. 1999, c. 34 .....                                | 660      |
| s. 9 .....                                     | 408      | <i>Public Service Superannuation Act</i> , R.S.C.     |          |
| s. 11(c) .....                                 | 187      | 1985, c. P-36 .....                                   | 660      |
| s. 11(d) .....                                 | 187, 726 | <b>R</b>  |          |
| s. 13 .....                                    | 311      | <i>Royal Canadian Mounted Police Superannu-</i>       |          |
| s. 24(2) .....                                 | 34, 408  | <i>ation Act</i> , R.S.C. 1985, c. R-11 .....         | 660      |
| <i>Canadian Forces Superannuation Act</i> ,    |          | <b>S</b>  |          |
| R.S.C. 1985, c. C-17 .....                     | 660      | <i>School Act</i> , S.B.C. 1989, c. 61 .....          | 360      |
| <i>Companies' Creditors Arrangement Act</i> ,  |          | <b>T</b>  |          |
| R.S.C. 1985, c. C-36 .....                     | 443      | <i>Tackling Violent Crime Act</i> , S.C. 2008,        |          |
| <i>Copyright Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-42    |          | c. 6 .....  | 187, 272 |
| s. 2 .....                                     | 489      | <b>T</b>  |          |
| s. 21 .....                                    | 489      |   |          |
| s. 31 .....                                    | 489      |   |          |
| s. 89 .....                                    | 489      |   |          |
| <i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46    |          |   |          |
| s. 83.01(1)(b)(i)(A) .....                     | 555      |   |          |
| s. 253(1) .....                                | 157      |   |          |
| s. 258(1)(c) .....                             | 187, 272 |   |          |
| s. 258(1)(d.01) .....                          | 187, 272 |   |          |

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

|  | PAGE     |  | PAGE     |
|--|----------|--|----------|
| <b>C</b>   |          |  |          |
| <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>                                  |          | <i>Loi sur l'extradition</i> , L.C. 1999, ch. 18 .....   | 609      |
| art. 1 .....   | 187      | <i>Loi sur l'Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public</i> , L.C. 1999, ch. 34 ..... | 660      |
| art. 2a) .....   | 726      | <i>Loi sur la lutte contre les crimes violents</i> , L.C. 2008, ch. 6 .....                                  | 187, 272 |
| art. 2b) .....   | 555      | <i>Loi sur la pension de la fonction publique</i> , L.R.C. 1985, ch. P-36 .....                              | 660      |
| art. 6(1) .....  | 609      | <i>Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada</i> , L.R.C. 1985, ch. R-11 .....       | 660      |
| art. 7 .....   | 187, 726 | <i>Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes</i> , L.R.C. 1985, ch. C-17 .....                   | 660      |
| art. 8 .....   | 34, 408  | <i>Loi sur la radiodiffusion</i> , L.C. 1991, ch. 11   |          |
| art. 9 .....   | 408      | art. 2 .....   | 489      |
| art. 11c) .....  | 187      | art. 3 .....   | 489      |
| art. 11d) .....  | 187, 726 | art. 5 .....   | 489      |
| art. 13 .....  | 311      | art. 9 .....   | 489      |
| art. 24(2) .....   | 34, 408  | art. 10 .....  | 489      |
| <i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46                                     |          | <i>Loi sur le droit d'auteur</i> , L.R.C. 1985, ch. C-42   |          |
| art. 83.01(1)b(i)(A) .....   | 555      | art. 2 .....   | 489      |
| art. 253(1) .....  | 157      | art. 21 .....  | 489      |
| art. 258(1)c) .....  | 187, 272 | art. 31 .....  | 489      |
| art. 258(1)d.01) .....   | 187, 272 | art. 89 .....  | 489      |
| art. 258(1)d.1) .....  | 187      | <i>Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies</i> , L.R.C. 1985, ch. C-36 ....              | 443      |
| art. 676(1)a) .....  | 74, 157  | <i>Loi sur les brevets</i> , L.R.C. 1985, ch. P-4  |          |
| art. 686(1)a)(iii) .....   | 828      | art. 27(3) .....   | 625      |
| <b>H</b>   |          |  |          |
| <i>Human Rights Code</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 210                                |          | <b>S</b>   |          |
| art. 8 .....   | 360      | <i>School Act</i> , S.B.C. 1989, ch. 61 .....  | 360      |
| <b>L</b>   |          |  |          |
| <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> , L.R.C. 1985, ch. 1 (5 <sup>e</sup> suppl.) |          |  |          |
| art. 69(2) .....   | 3        |  |          |
| <i>Loi électorale du Canada</i> , L.C. 2000, ch. 9                               |          |  |          |
| art. 524(1)b) .....  | 76       |  |          |
| art. 531(2) .....  | 76       |  |          |

## AUTHORS CITED

---

## DOCTRINE CITÉE

|  | PAGE          |
|--|---------------|
| Association du Barreau canadien. <i>Code de déontologie professionnelle</i> . Ottawa : L'Association, 2009 (en ligne : <a href="http://www.cba.org/abc/activities_f/pdf/codeofconduct.pdf">http://www.cba.org/abc/activities_f/pdf/codeofconduct.pdf</a> ). .....                                    | 803, 822      |
| Baird, Douglas G., and Thomas H. Jackson. "Comment: <i>Kovacs</i> and Toxic Wastes in Bankruptcy" (1984), 36 <i>Stan. L. Rev.</i> 1199. ....   | 465           |
| Bakht, Natasha. "Objection, Your Honour! Accommodating <i>Niqab</i> -Wearing Women in Courtrooms", in Ralph Grillo, et al., eds., <i>Legal Practice and Cultural Diversity</i> . Farnham, Surrey: Ashgate, 2009, 115. ....   | 768           |
| Barreau du Haut-Canada. <i>Code de déontologie</i> , mis à jour 26 avril 2012 (en ligne : <a href="http://www.lsuc.on.ca">http://www.lsuc.on.ca</a> ). .....   | 802, 822, 844 |
| Bingham, Tom. <i>The Rule of Law</i> . London: Allen Lane, 2010. ....  | 762           |
| Blackstone, William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , 4th ed., Book I. Oxford: Clarendon Press, 1770. ....   | 618           |
| Boyer, J. Patrick. <i>Election Law in Canada: The Law and Procedure of Federal, Provincial and Territorial Elections</i> , vol. I. Toronto: Butterworths, 1987. ....   | 93            |
| British Columbia. Ministry of Education. <i>Mandate for the School System</i> . Vancouver: The Ministry, 1989. ....  | 378           |
| British Columbia. Ministry of Education. <i>Special Programs: A Manual of Policies, Procedures and Guidelines</i> . Vancouver: The Ministry, 1985. ....  | 379           |
| Brodsky, Gwen, Shelagh Day and Yvonne Peters. <i>Accommodation in the 21<sup>st</sup> Century</i> . Canadian Human Rights Commission, 2012 (online: <a href="http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/accommodation_eng.pdf">http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/accommodation_eng.pdf</a> ). ....                        | 376           |
| Brodsky, Gwen, Shelagh Day et Yvonne Peters. <i>Les accommodements du XXI<sup>e</sup> siècle</i> . Commission canadienne des droits de la personne, 2012 (en ligne : <a href="http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/accommodation_fra.pdf">http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/accommodation_fra.pdf</a> ). ....       | 376           |
| Canada. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. <i>Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167</i> . Ottawa: The Commission, 2010. ....  | 500           |
| Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. VI, 3 <sup>e</sup> sess., 34 <sup>e</sup> lég., 24 février 1992, p. 7486. ....   | 696           |
| Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 141, 1 <sup>re</sup> sess., 39 <sup>e</sup> lég., 30 janvier 2007, p. 6185, 6186. ....   | 202           |
| Canada. Chambre des communes. Sous-comité sur la révision du droit d'auteur du Comité permanent des communications et de la culture. <i>Une charte des droits des créateurs et créatrices : Rapport du Sous-comité sur la révision du droit d'auteur</i> . Ottawa : Chambre des communes, 1985. .... | 525           |

|  |          |
|--|----------|
| Canada. Chambre des communes. <i>Témoignages du Comité permanent de l'industrie</i> , n° 16, 2 <sup>e</sup> sess., 35 <sup>e</sup> lég., 11 juin 1996. ....  | 461      |
| Canada. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. <i>Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167</i> . Ottawa : La Commission, 2010. ....  | 500      |
| Canada. House of Commons. <i>Evidence of the Standing Committee on Industry</i> , No. 16, 2nd Sess., 35th Parl., June 11, 1996. ....   | 461      |
| Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. VI, 3rd Sess., 34th Parl., February 24, 1992, p. 7486. ....   | 696      |
| Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 141, 1st Sess., 39th Parl., January 30, 2007, pp. 6185, 6186. ....  | 202      |
| Canada. House of Commons. Sub-Committee on the Revision of Copyright of the Standing Committee on Communications and Culture. <i>A Charter of Rights for Creators: Report of the Sub-Committee on the Revision of Copyright</i> . Ottawa: House of Commons, 1985. ....   | 525      |
| Canada. Receiver General for Canada. <i>Public Accounts of Canada 1996</i> , vol. I, <i>Summary Report and Financial Statements</i> . Ottawa: Treasury Board, 1996. ....   | 698      |
| Canada. Receiver General for Canada. <i>Public Accounts of Canada 1997</i> , vol. I, <i>Summary Report and Financial Statements</i> . Ottawa: Treasury Board, 1997. ....   | 698      |
| Canada. Receveur général du Canada. <i>Comptes publics du Canada 1996</i> , vol. I, <i>Revue et États financiers</i> . Ottawa : Conseil du Trésor, 1996. ....  | 698      |
| Canada. Receveur général du Canada. <i>Comptes publics du Canada 1997</i> , vol. I, <i>Revue et États financiers</i> . Ottawa : Conseil du Trésor, 1997. ....  | 698      |
| Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. <i>Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles</i> , n° 9, 2 <sup>e</sup> sess., 39 <sup>e</sup> lég., 21 février 2008, p. 37. ....   | 224      |
| Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs</i> , No. 9, 2nd Sess., 39th Parl., February 21, 2008, p. 37. ....  | 224      |
| Canadian Bar Association. <i>Code of Professional Conduct</i> . Ottawa: The Association, 2009 (online: <a href="http://www.cba.org">http://www.cba.org</a> ). ....   | 803, 822 |
| Canadian Judicial Council. Model Jury Instructions, Part I, Preliminary Instructions, 4.11 Assessing Testimony, updated March 2011 (online: <a href="http://www.cjc-ccm.gc.ca/english/lawyers_en.asp?selMenu=lawyers_NCJI-Jury-Instruction-Preliminary-2011-03_en.asp#_Toc287950397">http://www.cjc-ccm.gc.ca/english/lawyers_en.asp?selMenu=lawyers_NCJI-Jury-Instruction-Preliminary-2011-03_en.asp#_Toc287950397</a> ). ....                                      | 771      |
| Canadian Society of Forensic Science. "Recommended Standards and Procedures of the Canadian Society of Forensic Science Alcohol Test Committee" (2009), 42 <i>Can. Soc. Forensic Sci. J.</i> 1. ....   | 208      |
| Colombie-Britannique. Ministry of Education. <i>Mandate for the School System</i> . Vancouver : The Ministry, 1989. ....   | 378      |
| Colombie-Britannique. Ministry of Education. <i>Special Programs : A Manual of Policies, Procedures and Guidelines</i> . Vancouver : The Ministry, 1985. ....  | 379      |
| Conseil canadien de la magistrature. Modèles de directives au jury, partie I, Directives préliminaires, 4.11 Évaluation de la preuve par témoin, mise à jour mars 2011 (en ligne : <a href="http://www.cjc-ccm.gc.ca/french/lawyers_fr.asp?selMenu=lawyers_NCJI-Jury-Instruction-Preliminary-2011-03_fr.asp#_Toc289419027">http://www.cjc-ccm.gc.ca/french/lawyers_fr.asp?selMenu=lawyers_NCJI-Jury-Instruction-Preliminary-2011-03_fr.asp#_Toc289419027</a> ). .... | 771      |
| Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. <i>Interprétation des lois</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 2009. ....  | 281      |

|   |               |
|---|---------------|
| Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011. ....  | 281           |
| <i>Cross on Evidence</i> , 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990. ....  | 224           |
| Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. ....  | 129, 502      |
| Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada. <i>Code type de déontologie professionnelle</i> , mis à jour 13 décembre 2011 (en ligne : <a href="http://www.flsc.ca">http://www.flsc.ca</a> ). ....   | 844           |
| Federation of Law Societies of Canada. <i>Model Code of Professional Conduct</i> , updated December 13, 2011 (online: <a href="http://www.flsc.ca">http://www.flsc.ca</a> ). ....   | 844           |
| <i>Grand Robert de la langue française</i> (version électronique), « irrégulier ». ....   | 130           |
| Handa, Sunny, et al. <i>Communications Law in Canada</i> (loose-leaf ed.). Markham: LexisNexis, 2000 (Including Service Issues 2012). ....  | 509           |
| Hodgson, Brian T. « La validité de la preuve recueillie au moyen d'un alcootest » (2008), 41 <i>Can. Soc. Forensic Sci. J.</i> 97. ....   | 202           |
| Hodgson, Brian T. "The Validity of Evidential Breath Alcohol Testing" (2008), 41 <i>Can. Soc. Forensic Sci. J.</i> 83. ....   | 202           |
| Hohfeld, Wesley Newcomb. <i>Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning</i> , new ed. by David Campbell and Philip Thomas, eds. Burlington, Vt.: Ashgate, 2001. ....   | 467           |
| Huefner, Steven F. "Remedying Election Wrongs" (2007), 44 <i>Harv. J. on Legis.</i> 265. ....   | 99            |
| Hughes, Roger T., and Dino P. Clarizio. <i>Hughes &amp; Woodley on Patents</i> , vol. 1, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated April 2012, release 30). ....  | 632           |
| Law Society of Upper Canada. <i>Rules of Professional Conduct</i> , updated April 26, 2012 (online: <a href="http://www.lsuc.on.ca">http://www.lsuc.on.ca</a> ). ....   | 802, 822, 844 |
| MacCormick, D. N. "Rights in Legislation", in P. M. S. Hacker and J. Raz, eds., <i>Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart</i> . Oxford: Clarendon Press, 1977, 189. ....   | 467           |
| MacKay, A. Wayne. "Connecting Care and Challenge: Tapping Our Human Potential" (2008), 17 <i>E.L.J.</i> 37. ....  | 377           |
| Martin, T. L., J. G. Wigmore and K. L. Woodall. "A Comparison of Blood Alcohol Concentrations Estimated From Drinking Histories of Drivers Charged with 'Over 80' and Their Intoxilyzer® 5000C Results" (2004), 37 <i>Can. Soc. Forensic Sci. J.</i> 187. ....          | 224           |
| McKeown, John S. <i>Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs</i> , 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2009 (loose-leaf updated 2012, release 3). ....  | 511           |
| Morrison, Barry R., Laura L. Porter and Ian H. Fraser. "The Role of Demeanour in Assessing the Credibility of Witnesses" (2007), 33 <i>Advocates' Q.</i> 170. ....  | 770           |
| Nussbaum, Martha C. <i>Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality</i> . New York: Basic Books, 2008. ....   | 768           |
| Ontario. Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions. <i>Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions</i> . Toronto: The Committee, 1993. .... | 845           |
| Ontario. Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée. <i>Excessive Background Checks Conducted on Prospective Jurors : A Special Investigation Report</i> . Toronto : The Commissioner, 2009. ....  | 794           |



|   |                   |
|---|-------------------|
| Ontario. Information and Privacy Commissioner. <i>Excessive Background Checks Conducted on Prospective Jurors: A Special Investigation Report</i> . Toronto: The Commissioner, 2009. ....   | 721, 794          |
| Organisation de Coopération et de Développement Économiques. <i>Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales</i> . Paris : L'Organisation, 1995. ....  | 14                |
| Organisation de Coopération et de Développement Économiques. <i>Prix de transfert et entreprises multinationales : Rapport du Comité des Affaires Fiscales de l'OCDE</i> . Paris : L'Organisation, 1979. ....   | 13                |
| Organisation for Economic Co-operation and Development. <i>Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs</i> . Paris: The Organisation, 1979. ....   | 13                |
| Organisation for Economic Co-operation and Development. <i>Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations</i> . Paris: The Organisation, 1995. ....  | 13                |
| <i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed., vol. VIII. Oxford: Clarendon Press, 1989, "irregular". ....   | 130               |
| Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , 6th ed. Toronto: Irwin Law, 2011. ....   | 336               |
| Perry, Stephen J., and T. Andrew Currier, with contributions by Damian Kraemer. <i>Canadian Patent Law</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2012. ....  | 641               |
| Phipson, Sidney Lovell. <i>Phipson on the Law of Evidence</i> , 9th ed. by Ronald Burrows. London: Sweet & Maxwell, 1952. ....  | 300               |
| Robertson, Robyn, Ward Vanlaar and Herb Simpson. <i>National Survey of Crown Prosecutors and Defence Counsel on Impaired Driving: Final Report</i> . Ottawa: Traffic Injury Research Foundation, July 2008. ....  | 224               |
| Robertson, Robyn, Ward Vanlaar et Herb Simpson. <i>Sondage national sur la conduite avec facultés affaiblies auprès des avocats de la défense et des procureurs de la Couronne : Rapport final</i> . Ottawa : Fondation de recherches sur les blessures de la route, juillet 2008. .... | 224               |
| Roubier, Paul. <i>Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz et Sirey, 1960. ....   | 301               |
| Sankoff, Peter. "R. v. Nedelcu: The Role of Compulsion in Excluding Incriminating Prior Testimony under Section 13 of the Charter" (2011), 83 C.R. (6th) 55. ....   | 349               |
| Saxe, Dianne. "Trustees' and Receivers' Environmental Liability Update" (1998), 49 C.B.R. (3d) 138. ....  | 461               |
| Société canadienne des sciences judiciaires. « Normes et procédures recommandées par la Société canadienne des sciences judiciaires — Comité des analyses d'alcool » (2009), 42 <i>Can. Soc. Forensic Sci. J.</i> 31. ....  | 208               |
| Sommers, Marilyn Sawyer, et al. "'Nurse, I Only Had a Couple of Beers': Validity of Self-Reported Drinking Before Serious Vehicular Injury" (2002), 11 <i>Am. J. Critical Care</i> 106. ....  | 224               |
| Stewart, Hamish. "Henry in the Supreme Court of Canada: Reorienting the s. 13 Right against Self-incrimination" (2006), 34 C.R. (6th) 112. ....   | 349               |
| Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008. ....   | 97, 295, 502, 715 |
| Vaver, David. <i>Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks</i> , 2nd ed. Toronto, Ont.: Irwin Law, 2011. ....  | 510               |
| Weinrib, Sara. "An Exemption for Sincere Believers: The Challenge of <i>Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony</i> " (2011), 56 <i>McGill L.J./R. D. McGill</i> 719. ....   | 766               |
| Westin, Alan F. <i>Privacy and Freedom</i> . New York: Atheneum, 1970. ....   | 48                |

|  |     |
|--|-----|
| Wigmore, J. G. “Man vs. Machine: Self-Reported Alcohol Consumption of Drinking Drivers vs. Evidential Breath Alcohol Tests. Is the Restriction of Evidence to the Contrary Scientifically Valid?” (2009), 54 <i>Crim. L.Q.</i> 395. .... | 224 |
|--|-----|

## 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 |
|--|------|--|------|
| <b>A</b>   |      | <b>K</b>   |      |
| AbitibiBowater Inc., Newfoundland and Labrador<br>v. ....                                    | 443  | Kane, Canada (Attorney General) v. ....  | 398  |
| Aucoin, R. v. ....   | 408  | Khawaja, R. v. ....  | 555  |
| <b>B</b>   |      | <b>M</b>   |      |
| Boudreault, R. v. ....   | 157  | Moore v. British Columbia (Education) .....  | 360  |
| British Columbia (Education), Moore v. ....  | 360  | <b>N</b>   |      |
| <b>C</b>   |      | N.S., R. v. ....   | 726  |
| Canada v. GlaxoSmithKline Inc. ....  | 3    | Nedelcu, R. v. ....  | 311  |
| Canada (Attorney General) v. Kane .....  | 398  | Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater<br>Inc. ....                                     | 443  |
| Canada (Attorney General), Professional Institute<br>of the Public Service of Canada v. .... | 660  | <b>O</b>   |      |
| Cole, R. v. ....   | 34   | Opitz v. Wrzesnewskyj .....  | 76   |
| Construction Labour Relations v. Driver Iron<br>Inc. ....                                    | 405  | <b>P</b>   |      |
| <b>D</b>   |      | P.D.T., R. v. ....   | 394  |
| D.J.W., R. v. ....   | 396  | Pfizer Canada Inc., Teva Canada Ltd. v. ....   | 625  |
| Davey, R. v. ....  | 828  | Picot, R. v. ....  | 74   |
| Dineley, R. v. ....  | 272  | Professional Institute of the Public Service of<br>Canada v. Canada (Attorney General) ..... | 660  |
| Driver Iron Inc., Construction Labour Relations<br>v. ....                                   | 405  | <b>R</b>   |      |
| <b>E</b>   |      | R. v. Aucoin .....   | 408  |
| Emms, R. v. ....   | 810  | R. v. Boudreault .....   | 157  |
| <b>G</b>   |      | R. v. Cole .....   | 34   |
| GlaxoSmithKline Inc., Canada v. ....   | 3    | R. v. D.J.W. ....  | 396  |
|  |      | R. v. Davey .....  | 828  |
|  |      | R. v. Dineley .....  | 272  |
|  |      | R. v. Emms .....   | 810  |

|  | PAGE |  | PAGE |
|--|------|--|------|
| R. v. Khawaja .....  | 555  | <b>T</b>   |      |
| R. v. N.S. ....  | 726  |  |      |
| R. v. Nedelcu .....  | 311  | Teva Canada Ltd. v. Pfizer Canada Inc. ....      | 625  |
| R. v. P.D.T. ....  | 394  |  |      |
| R. v. Picot .....  | 74   | <b>U</b>   |      |
| R. v. St-Onge Lamoureux .....  | 187  |  |      |
| R. v. Yumnu .....  | 777  | United States of America, Sriskandarajah v. .... | 609  |
| Reference re Broadcasting Regulatory Policy<br>CRTC 2010-167 and Broadcasting Order<br>CRTC 2010-168 ..... | 489  | <b>W</b>   |      |
| <b>S</b>   |      | Wrzesnewskyj, Opitz v. ....                      | 76   |
| Sriskandarajah v. United States of America .....   | 609  | <b>Y</b>   |      |
| St-Onge Lamoureux, R. v. ....  | 187  | Yumnu, R. v. ....                                | 777  |

## 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 |
|--|------|---|------|
| <b>A</b>   |      | <b>I</b>  |      |
| AbitibiBowater Inc., Terre-Neuve-et-Labrador c.... | 443  | Institut professionnel de la fonction publique du |      |
| Aucoin, R. c. ....                                 | 408  | Canada c. Canada (Procureur général) .....        | 660  |
| <b>B</b>   |      | <b>K</b>  |      |
| Boudreault, R. c. ....                             | 157  | Kane, Canada (Procureur general) c. ....          | 398  |
|  |      | Khawaja, R. c. ....                               | 555  |
| <b>C</b>   |      | <b>M</b>  |      |
| Canada c. GlaxoSmithKline Inc. ....                | 3    | Moore c. Colombie-Britannique (Éducation) .....   | 360  |
| Canada (Procureur general) c. Kane .....           | 398  |   |      |
| Canada (Procureur général), Institut professionnel |      | <b>N</b>  |      |
| de la fonction publique du Canada c. ....          | 660  | N.S., R. c. ....                                  | 726  |
| Cole, R. c. ....                                   | 34   | Nedelcu, R. c. ....                               | 311  |
| Colombie-Britannique (Éducation), Moore c. ....    | 360  |   |      |
| Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.  |      | <b>O</b>  |      |
| .....  | 405  | Opitz c. Wrzesnewszkyj .....                      | 76   |
| <b>D</b>   |      | <b>P</b>  |      |
| D.J.W., R. c. ....                                 | 396  | P.D.T., R. c. ....                                | 394  |
| Davey, R. c. ....                                  | 828  | Pfizer Canada Inc., Teva Canada Ltée c. ....      | 625  |
| Dineley, R. c. ....                                | 272  | Picot, R. c. ....                                 | 74   |
| Driver Iron Inc., Construction Labour Relations    |      | <b>R</b>  |      |
| c. ....  | 405  | R. c. Aucoin .....                                | 408  |
| <b>E</b>   |      | R. c. Boudreault .....                            | 157  |
| Emms, R. c. ....                                   | 810  | R. c. Cole .....                                  | 34   |
| États-Unis d'Amérique, Sriskandarajah c. ....      | 609  | R. c. D.J.W. ....                                 | 396  |
| <b>G</b>   |      | R. c. Davey .....                                 | 828  |
| GlaxoSmithKline Inc., Canada c. ....               | 3    |   |      |

|   | PAGE |  | PAGE |
|---|------|--|------|
| R. c. Dineley .....   | 272  | <b>T</b>   |      |
| R. c. Emms .....  | 810  |  |      |
| R. c. Khawaja .....   | 555  | Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc. ... | 443  |
| R. c. N.S. ....   | 766  | Teva Canada Ltée c. Pfizer Canada Inc. ....        | 625  |
| R. c. Nedelcu .....   | 311  |  |      |
| R. c. P.D.T. ....   | 394  | <b>W</b>   |      |
| R. c. Picot .....   | 74   |  |      |
| R. c. St-Onge Lamoureux .....   | 187  | Wrzesnewskyj, Opitz c. ....                        | 76   |
| R. c. Yumnu .....   | 777  | <b>Y</b>   |      |
| Renvoi relatif à la Politique réglementaire de<br>radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordon-<br>nance de radiodiffusion CRTC 2010-168 ..... | 489  | Yumnu, R. c. ....                                  | 777  |
| <b>S</b>  |      |  |      |
| Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique .....   | 609  |  |      |
| St-Onge Lamoureux, R. c. ....   | 187  |  |      |

## TABLE OF CASES CITED

| NAME OF CASE  | WHERE REPORTED                         | PAGE                      |
|---|--|---------------------------|
| 2747-3174 Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool) .....   | [1996] 3 S.C.R. 919 .....              | 97                        |
| <b>A</b>  |  |                           |
| Abrahamson v. Baker and Smishek .....   | (1964), 48 D.L.R. (2d) 725 .....       | 101                       |
| Air Canada, Re [Regulators' motions] .....  | (2003), 28 C.B.R. (5th) 52 .....       | 477                       |
| Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society .....   | 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261 ..... | 702                       |
| Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony .....  | 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567 ..... | 213, 747,<br>757, 765     |
| Angus v. Sun Alliance Insurance Co. ....  | [1988] 2 S.C.R. 256 .....              | 280, 294                  |
| Anvil Range Mining Corp., Re .....  | (2001), 25 C.B.R. (4th) 1 .....        | 480                       |
| Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd. ....  | 2002 SCC 77, [2002] 4 S.C.R. 153 ..... | 636                       |
| Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re) .....  | 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248 ...   | 280, 295,<br>569          |
| Assn. for Public Broadcasting in British Columbia v. Canadian<br>Radio-television and Telecommunications Commission ..... | [1981] 1 F.C. 524 .....                | 535                       |
| ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities<br>Board) .....  | 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140 ....   | 507, 543                  |
| Attorney General for Quebec v. Begin .....  | [1955] S.C.R. 593 .....                | 337                       |
| Attorney General of Quebec v. Expropriation Tribunal .....  | [1986] 1 S.C.R. 732 .....              | 294                       |
| <b>B</b>  |  |                           |
| Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn. ....   | 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476 ....  | 505, 543                  |
| Beamish v. Miltenberger .....   | [1997] N.W.T.R. 160 .....              | 101, 130                  |
| Belczowski v. Canada .....  | [1992] 2 F.C. 440 .....                | 95                        |
| Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications .....  | 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764 ....  | 506, 539                  |
| Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex .....   | 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 ..... | 95, 135,<br>183, 498, 695 |
| Bingeman v. McLaughlin .....  | [1978] 1 S.C.R. 548 .....              | 301                       |
| Blanchard v. Cole .....   | [1950] 4 D.L.R. 316 .....              | 101, 131                  |
| Blank v. Canada (Minister of Justice) .....   | 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319 ..... | 848                       |
| British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc. ....   | 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86 .....  | 513                       |
| British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)<br>v. BCGSEU .....  | [1999] 3 S.C.R. 3 .....                | 383                       |
| British Columbia Securities Commission v. Branch .....  | [1995] 2 S.C.R. 3 .....                | 331                       |
| British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British<br>Columbia (Council of Human Rights) .....                | [1999] 3 S.C.R. 868 .....              | 388                       |
| Brooks v. Canada Safeway Ltd. ....  | [1989] 1 S.C.R. 1219 .....             | 376                       |
| Brown v. Board of Education of Topeka .....   | 347 U.S. 483 (1954) .....              | 376                       |
| Bruker v. Marcovitz .....   | 2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607 ..... | 760                       |
| Burke v. Hudson's Bay Co. ....  | 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273 ..... | 683                       |

| NAME OF CASE  | WHERE REPORTED                           | PAGE               |
|---|--|--------------------|
| <b>C</b>  |  |                    |
| C. H. Boehringer Sohn v. Bell-Craig Ltd. ....   | [1962] Ex. C.R. 201 .....                | 631                |
| Camsell v. Rabesca .....  | [1987] N.W.T.R. 186 .....                | 99                 |
| Canada v. McLarty .....   | 2008 SCC 26, [2008] 2 S.C.R. 79 .....    | 462                |
| Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society .....                                 | 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134 .....   | 575                |
| Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General) .....                      | 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 .....   | 130                |
| Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence) .....                  | 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306 .....   | 294                |
| Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc. ....  | [1954] Ex. C.R. 382 .....                | 524                |
| Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General) .....                             | [1996] 3 S.C.R. 480 .....                | 762                |
| Canadian Broadcasting League v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ..... | [1983] 1 F.C. 182 .....                  | 536                |
| Canadian Motion Picture Distributors Assn. v. Partners of Viewer's Choice Canada .....            | (1996), 137 D.L.R. (4th) 561 .....       | 537                |
| Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission) .....                  | [1987] 1 S.C.R. 1114 .....               | 387                |
| Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission v. CTV Television Network Ltd. ....   | [1982] 1 S.C.R. 530 .....                | 532                |
| CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General) .....                                     | [1999] 1 S.C.R. 743 .....                | 695                |
| Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission .....                  | [1978] 2 S.C.R. 141 .....                | 535                |
| CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada .....  | 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 .....   | 521, 543           |
| Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission) .....                             | [1990] 2 S.C.R. 489 .....                | 383                |
| Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud .....   | [1992] 2 S.C.R. 970 .....                | 383, 754           |
| Ciecierski v. Fenning .....   | 2005 MBCA 52, 195 Man. R. (2d) 272 ..... | 294                |
| CKOY Ltd. v. The Queen .....  | [1979] 1 S.C.R. 2 .....                  | 506, 532           |
| Cloutier v. Langlois .....  | [1990] 1 S.C.R. 158 .....                | 432                |
| Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin .....  | [1994] 2 S.C.R. 525 .....                | 754                |
| Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re .....   | (1997), 96 O.A.C. 75 .....               | 463, 480           |
| Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd. ....   | [1981] 1 S.C.R. 504 .....                | 631                |
| Copthorne Holdings Ltd. v. Canada .....   | 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721 .....   | 349                |
| Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc. ....                               | 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650 .....   | 377                |
| Curr v. The Queen .....   | [1972] S.C.R. 889 .....                  | 337                |
| Cusimano v. Toronto (City) .....  | 2011 ONSC 7271, 287 O.A.C. 355 .....     | 98                 |
| <b>D</b>  |  |                    |
| Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp. ....  | [1994] 3 S.C.R. 835 .....                | 738                |
| Dedman v. The Queen .....   | [1985] 2 S.C.R. 2 .....                  | 432                |
| Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs .....  | 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801 .....   | 294                |
| Dewdney Election Case .....   | [1925] 3 D.L.R. 770 .....                | 136                |
| Dikranian v. Quebec (Attorney General) .....  | 2005 SCC 73, [2005] 3 S.C.R. 530 .....   | 294                |
| Dubois v. The Queen .....   | [1985] 2 S.C.R. 350 .....                | 207, 252, 320, 333 |



| NAME OF CASE   | WHERE REPORTED                           | PAGE          |
|--|--|---------------|
| <b>E</b>   |  |               |
| Eldridge v. British Columbia (Attorney General) .....  | [1997] 3 S.C.R. 624 .....                | 377           |
| Eli Lilly Canada Inc. v. Apotex Inc. ....  | 2008 FC 142, 63 C.P.R. (4th) 406 .....   | 640           |
| Eli Lilly Canada Inc. v. Apotex Inc. ....  | 2009 FCA 97, 78 C.P.R. (4th) 388 .....   | 640           |
| Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada .....  | 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222 .....    | 691           |
| <b>F</b>   |  |               |
| Faryna v. Chorny .....   | [1952] 2 D.L.R. 354 .....                | 770           |
| Figueroa v. Canada (Attorney General) .....  | 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912 .....   | 92            |
| Flookes and Long v. Shrake .....   | (1989), 100 A.R. 98 .....                | 102           |
| Ford v. The Queen .....  | [1982] 1 S.C.R. 231 .....                | 168, 177      |
| Frame v. Smith .....   | [1987] 2 S.C.R. 99 .....                 | 703           |
| Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport) .....                                      | [1992] 1 S.C.R. 3 .....                  | 511           |
| <b>G</b>   |  |               |
| Gabco Ltd. v. Minister of National Revenue .....   | (1968), 68 D.T.C. 5210 .....             | 14            |
| Galampos v. Perez .....  | 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247 .....   | 701           |
| General Chemical Canada Ltd., Re .....   | 2007 ONCA 600, 228 O.A.C. 385 .....      | 478           |
| Gladstone v. Canada (Attorney General) .....   | 2005 SCC 21, [2005] 1 S.C.R. 325 .....   | 706           |
| Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component ..... | 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295 .....   | 585           |
| Griggs v. Duke Power Co. ....  | 401 U.S. 424 (1971) .....                | 387           |
| Guerin v. The Queen .....  | [1984] 2 S.C.R. 335 .....                | 702           |
| Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue .....   | [1977] 1 S.C.R. 271 .....                | 294           |
| <b>H</b>   |  |               |
| H.L. v. Canada (Attorney General) .....  | 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401 .....   | 137           |
| Haig v. Canada .....   | [1993] 2 S.C.R. 995 .....                | 95, 129       |
| Harper v. Canada (Attorney General) .....  | 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827 .....   | 129           |
| Henry v. Canada (Attorney General) .....   | 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70 ..... | 93, 129       |
| Hickman Motors Ltd. v. Canada .....  | [1997] 2 S.C.R. 336 .....                | 32            |
| Hodgkinson v. Simms .....  | [1994] 3 S.C.R. 377 .....                | 703           |
| Hoechst Pharmaceuticals of Canada Ltd. v. Gilbert & Co. ....   | [1965] 1 Ex. C.R. 710 .....              | 649           |
| Hoechst Pharmaceuticals of Canada Ltd. v. Gilbert & Co. ....   | [1966] S.C.R. 189 .....                  | 649           |
| Hogan v. Careen and Hickey .....   | (1993), 116 Nfld. & P.E.I.R. 310 .....   | 101           |
| Housen v. Nikolaisen .....   | 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 .....   | 137, 485, 744 |
| Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen .....   | [1957] S.C.R. 403 .....                  | 298           |
| Hunter v. Southam Inc. ....  | [1984] 2 S.C.R. 145 .....                | 47, 64        |
| Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue .....  | [1995] 3 S.C.R. 453 .....                | 457, 477      |

| NAME OF CASE   | WHERE REPORTED                                 | PAGE     |
|--|--|----------|
| <b>I</b>   |  |          |
| Illinois v. Rodriguez .....  | 497 U.S. 177 (1990) .....                      | 55       |
| Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment) .....                                | 2003 SCC 58, [2003] 2 S.C.R. 624 .....         | 464      |
| Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General) .....  | [1989] 1 S.C.R. 927 .....                      | 584      |
| <b>J</b>   |  |          |
| Juman v. Doucette .....  | 2008 SCC 8, [2008] 1 S.C.R. 157.....           | 335      |
| <b>K</b>   |  |          |
| Kienapple v. The Queen .....   | [1975] 1 S.C.R. 729 .....                      | 566      |
| <b>L</b>   |  |          |
| Lake v. Canada (Minister of Justice) .....   | 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761 .....         | 614      |
| Lamford Forest Products Ltd. (Re) .....  | (1991), 86 D.L.R. (4th) 534 .....              | 477      |
| Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc. ....                                    | 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591 .....         | 512, 532 |
| Longley v. Canada (Attorney General) .....   | 2007 ONCA 852, 88 O.R. (3d) 408 .....          | 96       |
| <b>M</b>   |  |          |
| M. (A.) v. Ryan .....  | [1997] 1 S.C.R. 157.....                       | 749      |
| Martin v. Perrie .....   | [1986] 1 S.C.R. 41 .....                       | 297      |
| Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc. ....   | 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772 .....         | 510      |
| McMechan v. Dow .....  | (1968), 67 D.L.R. (2d) 56 .....                | 132      |
| Merck & Co. v. Apotex Inc. ....  | 2006 FC 524, 53 C.P.R. (4th) 1 .....           | 635      |
| Midland Railway Co. v. Pye .....   | (1861), 10 C.B. (N.S.) 179, 142 E.R. 419 ..... | 296      |
| Minerals Separation North American Corp. v. Noranda Mines,<br>Ltd. ....                        | [1947] Ex. C.R. 306 .....                      | 632      |
| Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial<br>Services) .....                | 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152 .....         | 683      |
| Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser .....  | 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902 .....         | 645      |
| Moon v. Durden .....   | [1848] 2 Ex. 22, 154 E.R. 389 .....            | 296      |
| Morgan v. Simpson .....  | [1974] 3 All E.R. 722 .....                    | 130      |
| Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys .....                                      | 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256.....           | 751      |
| <b>N</b>   |  |          |
| Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and<br>Labrador (Treasury Board) ..... | 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 .....         | 407      |
| Nielsen v. Simmons .....   | (1957), 14 D.L.R. (2d) 446 .....               | 101      |
| Nolan v. Kerry (Canada) Inc. ....  | 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678 .....         | 683      |
| <b>O</b>   |  |          |
| O'Brien v. Hamel .....   | (1990), 73 O.R. (2d) 87 .....                  | 101, 131 |
| O'Connor v. Ortega .....   | 480 U.S. 709 (1987) .....                      | 50       |

| NAME OF CASE   | WHERE REPORTED                          | PAGE               |
|--|---|--------------------|
| Ontario v. Canadian Pacific Ltd. ....  | [1995] 2 S.C.R. 1031 .....              | 507, 577           |
| Ontario (Attorney General) v. Fraser .....   | 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3 .....    | 348                |
| Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke .....  | [1982] 1 S.C.R. 202 .....               | 383                |
| Ontario Human Rights Commission v. Simpson-Sears Ltd. ....   | [1985] 2 S.C.R. 536 .....               | 754                |
| <b>P</b>   |   |                    |
| Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City) .....   | 2000 SCC 64, [2000] 2 S.C.R. 919 .....  | 715                |
| Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City) .....   | 2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575 .....  | 712                |
| Palmer v. The Queen .....  | [1980] 1 S.C.R. 759 .....               | 148                |
| Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil &<br>Gas Ltd. ....                      | (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45 .....     | 466, 476           |
| Peter v. Beblow .....  | [1993] 1 S.C.R. 980 .....               | 713                |
| Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) .....  | 2008 FCA 108, [2009] 1 F.C.R. 253 ..... | 631                |
| Pharmascience Inc. v. Binet .....  | 2006 SCC 48, [2006] 2 S.C.R. 513 .....  | 135                |
| Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents) .....   | [1989] 1 S.C.R. 1623 .....              | 645                |
| Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court) .....  | [1997] 1 S.C.R. 1015 .....              | 511                |
| Police v. Razamjoo .....   | [2005] D.C.R. 408.....                  | 744                |
| <b>Q</b>   |   |                    |
| Quebec (Attorney General) v. Laroche .....   | 2002 SCC 72, [2002] 3 S.C.R. 708 .....  | 54                 |
| Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la<br>jeunesse) v. Montréal (City) ..... | 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665 .....  | 377                |
| <b>R</b>   |   |                    |
| R. v. A.F. ....  | 2005 ABCA 447, 376 A.R. 124.....        | 772                |
| R. v. Ahmad .....  | (2009), 257 C.C.C. (3d) 199 .....       | 583                |
| R. v. Ali .....  | [1980] 1 S.C.R. 221 .....               | 287, 307           |
| R. v. Allen .....  | 2003 SCC 18, [2003] 1 S.C.R. 223 .....  | 344                |
| R. v. Appleby .....  | [1972] S.C.R. 303 .....                 | 252                |
| R. v. Arcuri .....   | 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828 .....  | 749                |
| R. v. Bain .....   | [1992] 1 S.C.R. 91 .....                | 843                |
| R. v. Barrow .....   | [1987] 2 S.C.R. 694 .....               | 851                |
| R. v. Belnavis .....   | [1997] 3 S.C.R. 341 .....               | 59                 |
| R. v. Big M Drug Mart Ltd. ....  | [1985] 1 S.C.R. 295 .....               | 754                |
| R. v. Biniaris .....   | 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381 .....  | 162                |
| R. v. Borden .....   | [1994] 3 S.C.R. 145 .....               | 46                 |
| R. v. Boucher .....  | 2005 SCC 72, [2005] 3 S.C.R. 499 ....   | 200, 251           |
| R. v. Buhay .....  | 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631 .....  | 49, 64             |
| R. v. Bulman .....   | 2007 ONCA 169, 221 O.A.C. 210 .....     | 234, 266           |
| R. v. Burbella .....   | 2002 MBCA 105, 166 Man. R. (2d) 198 ... | 166,<br>179        |
| R. v. Burke .....  | 2002 SCC 55, [2002] 2 S.C.R. 857 .....  | 851                |
| R. v. Butt .....   | (2008), 280 Nfld. & P.E.I.R. 129 .....  | 773                |
| R. v. Calder .....   | [1996] 1 S.C.R. 660 .....               | 60                 |
| R. v. Carter .....   | (1985), 19 C.C.C. (3d) 174 ...          | 200, 247, 278, 289 |
| R. v. Cayer .....  | 2010 QCCQ 9352 (CanLII) .....           | 213                |

| NAME OF CASE                          | WHERE REPORTED                           | PAGE                |
|---------------------------------------|--|---------------------|
| R. v. Chapdelaine .....               | 2004 ABQB 39 (CanLII) .....              | 773                 |
| R. v. Chaulk .....                    | [1990] 3 S.C.R. 1303 .....               | 213                 |
| R. v. Church of Scientology .....     | (1997), 33 O.R. (3d) 65 .....            | 843                 |
| R. v. CKOY Ltd. ....                  | (1976), 13 O.R. (2d) 156 .....           | 533                 |
| R. v. Clay .....                      | 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735 .....   | 575                 |
| R. v. Clayton .....                   | 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725 .....   | 420, 435            |
| R. v. Colarusso .....                 | [1994] 1 S.C.R. 20 .....                 | 53                  |
| R. v. Cole .....                      | 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34 .....    | 424                 |
| R. v. Collins .....                   | [1987] 1 S.C.R. 265 .....                | 47, 418, 427        |
| R. v. Côté .....                      | 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215 ..      | 56, 68, 441         |
| R. v. Coutts .....                    | (1999), 45 O.R. (3d) 288 .....           | 201                 |
| R. v. Couture .....                   | 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517 .....   | 111                 |
| R. v. Crawford .....                  | [1995] 1 S.C.R. 858 .....                | 757                 |
| R. v. Crosthwait .....                | [1980] 1 S.C.R. 1089 .....               | 203, 251, 289       |
| R. v. D'Amour .....                   | (2002), 166 C.C.C. (3d) 477 .....        | 54                  |
| R. v. Darrach .....                   | 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443 .....   | 232                 |
| R. v. Davey .....                     | 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828 .....   | 805                 |
| R. v. Davis .....                     | (1995), 165 A.R. 243 .....               | 772                 |
| R. v. Decker .....                    | 2002 NFCA 9, 209 Nfld. & P.E.I.R. 44 ..  | 166,<br>179         |
| R. v. Déry .....                      | 2006 SCC 53, [2006] 2 S.C.R. 669 .....   | 582                 |
| R. v. Dixon .....                     | [1998] 1 S.C.R. 244 .....                | 804, 850            |
| R. v. Downey .....                    | [1992] 2 S.C.R. 10 .....                 | 206                 |
| R. v. Downey .....                    | 2010 ONSC 1531 (CanLII) .....            | 601                 |
| R. v. Drolet .....                    | 2010 QCCQ 7719, [2010] R.J.Q. 2610 ..... | 211                 |
| R. v. Duarte .....                    | [1990] 1 S.C.R. 30 .....                 | 55                  |
| R. v. Duff .....                      | 2010 ABPC 319, 501 A.R. 122 .....        | 213                 |
| R. v. Dymment .....                   | [1988] 2 S.C.R. 417 .....                | 54                  |
| R. v. E. (A.W.) .....                 | [1993] 3 S.C.R. 155 .....                | 298                 |
| R. v. Edwards .....                   | [1996] 1 S.C.R. 128 .....                | 47                  |
| R. v. Edwards Books and Art Ltd. .... | [1986] 2 S.C.R. 713 .....                | 212, 754            |
| R. v. Emms .....                      | 2012 SCC 74, [2012] 3 S.C.R. 810 .....   | 833                 |
| R. v. Evans .....                     | [1996] 1 S.C.R. 8 .....                  | 46                  |
| R. v. Fagan .....                     | (1993), 18 C.R.R. (2d) 191 .....         | 848                 |
| R. v. Gartner .....                   | 2010 ABCA 335, 490 A.R. 268 .....        | 308                 |
| R. v. Gervais .....                   | (1978), 43 C.C.C. (2d) 533 .....         | 284, 305            |
| R. v. Gibson .....                    | 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397 .....   | 203, 247            |
| R. v. Gilbert .....                   | (1994), 92 C.C.C. (3d) 266 .....         | 200                 |
| R. v. Gillespie .....                 | 2010 BCPC 207 (CanLII) .....             | 213                 |
| R. v. Gomboc .....                    | 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211 .....   | 50                  |
| R. v. Grant .....                     | 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353 .....   | 56, 69,<br>424, 430 |
| R. v. Grosse .....                    | (1996), 29 O.R. (3d) 785 .....           | 234, 266            |
| R. v. Hall .....                      | 2007 ONCA 8, 83 O.R. (3d) 641 .....      | 234, 266            |
| R. v. Harrison .....                  | 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494 .....   | 59,<br>69, 440      |
| R. v. Hart .....                      | (1999), 174 N.S.R. (2d) 165 .....        | 750                 |
| R. v. Henry .....                     | 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609 .....   | 317,<br>328, 618    |
| R. v. Heywood .....                   | [1994] 3 S.C.R. 761 .....                | 574                 |

| NAME OF CASE                                | WHERE REPORTED                           | PAGE               |
|---|--|--------------------|
| R. v. Hibbert .....                         | 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445 .....   | 322                |
| R. v. Hobbs .....                           | 2010 NSCA 62, 293 N.S.R. (2d) 126 .....  | 851                |
| R. v. Huff .....                            | [2000] O.J. No. 3487 (QL) .....          | 201                |
| R. v. Hummel .....                          | (1987), 36 C.C.C. (3d) 8 .....           | 210                |
| R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd. ....     | 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45 .....    | 481                |
| R. v. J.Z.S. ....                           | 2010 SCC 1, [2010] 1 S.C.R. 3 .....      | 743                |
| R. v. Jarvis .....                          | 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757 .....   | 54                 |
| R. v. Johal .....                           | (1998), 124 C.C.C. (3d) 249 .....        | 176                |
| R. v. Kakegamic .....                       | 2010 ONCA 903, 272 O.A.C. 205 .....      | 843                |
| R. v. Kang-Brown .....                      | 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456 .....   | 432                |
| R. v. Kasim .....                           | 2011 ABCA 336, 515 A.R. 254 .....        | 226                |
| R. v. Keegstra .....                        | [1990] 3 S.C.R. 697 .....                | 586                |
| R. v. Khan .....                            | [1990] 2 S.C.R. 531 .....                | 773                |
| R. v. Khan .....                            | 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823 .....   | 850                |
| R. v. Khawaja .....                         | 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555 .....   | 614                |
| R. v. Knott .....                           | 2012 SCC 42, [2012] 2 S.C.R. 470 .....   | 129                |
| R. v. Kokesch .....                         | [1990] 3 S.C.R. 3 .....                  | 63                 |
| R. v. Kuldip .....                          | [1990] 3 S.C.R. 618 .....                | 318, 339           |
| R. v. Laforge .....                         | 2010 QCCQ 7718, [2010] R.J.Q. 2537 ..... | 214                |
| R. v. Latimer .....                         | [1997] 1 S.C.R. 217 .....                | 785, 825, 844      |
| R. v. Levert .....                          | (2001), 159 C.C.C. (3d) 71 .....         | 771                |
| R. v. Levogiannis .....                     | (1990), 1 O.R. (3d) 351 .....            | 742, 774           |
| R. v. Levogiannis .....                     | [1993] 4 S.C.R. 475 .....                | 757                |
| R. v. Lifchus .....                         | [1997] 3 S.C.R. 320 .....                | 252                |
| R. v. Lockerby .....                        | 1999 NSCA 122, 180 N.S.R. (2d) 115 ..... | 171                |
| R. v. Loewen .....                          | 2011 SCC 21, [2011] 2 S.C.R. 167 .....   | 434                |
| R. v. Loiseau .....                         | 2010 QCCA 1872 (CanLII) .....            | 287, 308           |
| R. v. Lyttle .....                          | 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193 .....    | 743                |
| R. v. M. (C.A.) .....                       | [1996] 1 S.C.R. 500 .....                | 62, 602            |
| R. v. M. (M.R.) .....                       | [1998] 3 S.C.R. 393 .....                | 47                 |
| R. v. Mallery .....                         | 2008 NBCA 18, 327 N.B.R. (2d) 130 .....  | 166,<br>179        |
| R. v. Malmo-Levine .....                    | 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571 .....   | 575                |
| R. v. Mann .....                            | 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59 .....    | 419, 427           |
| R. v. Mannion .....                         | [1986] 2 S.C.R. 272 .....                | 338                |
| R. v. McNeil .....                          | 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66 .....     | 847                |
| R. v. Mellenthin .....                      | [1992] 3 S.C.R. 615 .....                | 438                |
| R. v. Mentuck .....                         | 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442 .....   | 738                |
| R. v. Mills .....                           | [1999] 3 S.C.R. 668 .....                | 740, 769           |
| R. v. Milne .....                           | (1996), 107 C.C.C. (3d) 118 .....        | 201                |
| R. v. Monney .....                          | [1999] 1 S.C.R. 652 .....                | 294                |
| R. v. Morelli .....                         | 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253 .....    | 39, 62             |
| R. v. Morgentaler .....                     | [1988] 1 S.C.R. 30 .....                 | 226                |
| R. v. Muzuva .....                          | (2010), 206 C.R.R. (2d) 18 .....         | 213                |
| R. v. Noël .....                            | 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433 .....   | 318, 334           |
| R. v. Nolet .....                           | 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851 .....   | 46                 |
| R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society .. | [1992] 2 S.C.R. 606 .....                | 508                |
| R. v. O'Connor .....                        | [1995] 4 S.C.R. 411 .....                | 226, 769           |
| R. v. Oakes .....                           | [1986] 1 S.C.R. 103 .....                | 206, 253, 747, 761 |
| R. v. Orbanski .....                        | 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3 .....     | 201                |

| NAME OF CASE   | WHERE REPORTED                            | PAGE               |
|--|---|--------------------|
| R. v. Osolin .....   | [1993] 4 S.C.R. 595 .....                 | 743                |
| R. v. Pan .....  | 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344 .....    | 845                |
| R. v. Paszczenko .....   | 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424 ...      | 233, 266           |
| R. v. Patrick .....  | 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579 .....    | 46                 |
| R. v. Pelletier .....  | (1995), 165 A.R. 138 .....                | 770                |
| R. v. Penno .....  | [1990] 2 S.C.R. 865 .....                 | 167, 177           |
| R. v. Phillips .....   | (1988), 42 C.C.C. (3d) 150 .....          | 210                |
| R. v. Pizzacalla .....   | (1991), 5 O.R. (3d) 783 .....             | 844                |
| R. v. Plant .....  | [1993] 3 S.C.R. 281 .....                 | 48                 |
| R. v. Powichrowski .....   | 2009 ONCJ 490, 70 C.R. (6th) 376 .....    | 201                |
| R. v. Price .....  | (1978), 40 C.C.C. (2d) 378 .....          | 167, 176           |
| R. v. Puskas .....   | [1998] 1 S.C.R. 1207 .....                | 305                |
| R. v. R.S.M. ....  | 1999 BCCA 218 (CanLII) .....              | 772                |
| R. v. Rose .....   | [1998] 3 S.C.R. 262 .....                 | 741                |
| R. v. Ross .....   | 2007 ONCJ 59, 44 M.V.R. (5th) 275 .....   | 171                |
| R. v. Schwartz .....   | [1988] 2 S.C.R. 443 .....                 | 256                |
| R. v. Seaboyer .....   | [1991] 2 S.C.R. 577 .....                 | 224, 247, 741      |
| R. v. Secretary of State for the Environment, Transport and the<br>Regions, Ex parte Spath Holme Ltd. .... | [2001] 2 A.C. 349 .....                   | 293                |
| R. v. Sherratt .....   | [1991] 1 S.C.R. 509 .....                 | 843                |
| R. v. Shuparski .....  | 2003 SKCA 22, [2003] 6 W.W.R. 428 .....   | 166,<br>179        |
| R. v. Smits .....  | 2012 ONCA 524, 294 O.A.C. 355 .....       | 166                |
| R. v. Spiers .....   | 2012 ONCA 798, 113 O.R. (3d) 1 .....      | 833                |
| R. v. St. Pierre .....   | [1995] 1 S.C.R. 791 .....                 | 217, 251, 289      |
| R. v. Stinchcombe .....  | [1991] 3 S.C.R. 326 .....                 | 622, 848           |
| R. v. St-Onge Lamoureux .....  | 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187 .....    | 278, 290           |
| R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy .....   | [1924] 1 K.B. 256 .....                   | 793                |
| R. v. Swain .....  | [1991] 1 S.C.R. 933 .....                 | 751                |
| R. v. Szymanski .....  | (2009), 88 M.V.R. (5th) 182 .....         | 171                |
| R. v. Taillefer .....  | 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307 .....    | 804, 851           |
| R. v. Teerhuis-Moar .....  | 2007 MBQB 165, 217 Man. R. (2d) 270 ..... | 843                |
| R. v. Tessling .....   | 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432 .....    | 46                 |
| R. v. Toews .....  | [1985] 2 S.C.R. 119 .....                 | 167, 175           |
| R. v. Trask .....  | [1987] 2 S.C.R. 304 .....                 | 62                 |
| R. v. Truong .....   | 2010 BCCA 536, 296 B.C.A.C. 248 .....     | 308                |
| R. v. Ulybel Enterprises Ltd. ....   | 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867 .....    | 511, 532           |
| R. v. Underwood .....  | [1998] 1 S.C.R. 77 .....                  | 61                 |
| R. v. Vaillancourt .....   | [1987] 2 S.C.R. 636 .....                 | 207, 254           |
| R. v. W. (R.) .....  | [1992] 2 S.C.R. 122 .....                 | 744                |
| R. v. Waterfield .....   | [1963] 3 All E.R. 659 .....               | 431                |
| R. v. Whyte .....  | [1988] 2 S.C.R. 3 .....                   | 168, 177, 207, 256 |
| R. v. Wolkins .....  | 2005 NSCA 2, 229 N.S.R. (2d) 222 .....    | 850                |
| R. v. Wong .....   | [1990] 3 S.C.R. 36 .....                  | 55, 64             |
| R. v. Wren .....   | (2000), 47 O.R. (3d) 544 .....            | 166                |
| R. v. Yumnu .....  | 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777 .....    | 814, 833           |
| Reference re Broadcasting Act .....  | 2012 SCC 4, [2012] 1 S.C.R. 142 .....     | 504                |
| Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of<br>Prince Edward Island .....               | [1997] 3 S.C.R. 3 .....                   | 762                |
| Reference re Same-Sex Marriage .....   | 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698 .....    | 765                |

| NAME OF CASE  | WHERE REPORTED                             | PAGE     |
|---|--|----------|
| Reference re Secession of Quebec .....  | [1998] 2 S.C.R. 217 .....                  | 762      |
| Republic of Costa Rica v. Erlanger .....  | [1876] 3 Ch. D. 62 .....                   | 297      |
| Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....   | [1998] 1 S.C.R. 27 .....                   | 129      |
| RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) .....   | [1995] 3 S.C.R. 199 .....                  | 220      |
| Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and<br>Music Publishers of Canada .....           | 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283 .....     | 525      |
| Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd. ....   | [1971] S.C.R. 1038 .....                   | 305      |
| RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd. ....   | [1986] 2 S.C.R. 573 .....                  | 585      |
| <b>S</b>  |  |          |
| S.L. v. Commission scolaire des Chênes .....  | 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235 .....      | 754, 766 |
| Saumur v. City of Quebec .....  | [1953] 2 S.C.R. 299 .....                  | 754      |
| Saunders v. The Queen .....   | [1967] S.C.R. 284 .....                    | 166, 176 |
| Sauvé v. Canada (Attorney General) .....  | (1992), 7 O.R. (3d) 481 .....              | 95       |
| Schmidt v. Air Products Canada Ltd. ....  | [1994] 2 S.C.R. 611 .....                  | 683      |
| Shell Canada Ltd. v. Canada .....   | [1999] 3 S.C.R. 622 .....                  | 19       |
| Shirley (Re) .....  | (1995), 129 D.L.R. (4th) 105 .....         | 477      |
| Singleton v. Canada .....   | 2001 SCC 61, [2001] 2 S.C.R. 1046 .....    | 13       |
| Société Radio-Canada v. Métromédia CMR Montréal Inc. ....   | (1999), 254 N.R. 266 .....                 | 536      |
| Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v.<br>Canadian Assn. of Internet Providers ..... | 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 .....     | 521      |
| Sorochan v. Sorochan .....  | [1986] 2 S.C.R. 38 .....                   | 713      |
| Soulos v. Korkontzilas .....  | [1997] 2 S.C.R. 217 .....                  | 711      |
| Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board .....   | [1933] S.C.R. 629 .....                    | 294      |
| Sriskandarajah v. United States of America .....  | 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609 .....     | 563      |
| St-Jean v. Mercier .....  | 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491 .....     | 855      |
| Strathcona (County) v. PriceWaterhouseCoopers Inc. ....   | 2005 ABQB 559, 47 Alta. L.R. (4th) 138 ... | 478      |
| Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) .....  | 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 .....        | 585      |
| Syndicat Northerest v. Amselem .....  | 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551 .....     | 739, 766 |
| <b>T</b>  |  |          |
| Taylor v. The Queen .....   | (1876), 1 S.C.R. 65 .....                  | 305      |
| Telecommunications Workers Union v. Canadian Radio-television<br>and Telecommunications Commission .....      | 2003 FCA 381, [2004] 2 F.C.R. 3 .....      | 535      |
| Tele-Mobile Co. v. Ontario .....  | 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305 .....     | 524      |
| The Ydun .....  | [1899] P. 236 .....                        | 297      |
| Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc. ....  | 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336 .....     | 510, 545 |
| Toronto Railway Co. v. Paget .....  | (1909), 42 S.C.R. 488 .....                | 512      |
| Tubes, Ld. v. Perfecta Seamless Steel Tube Company, Ld. ....  | (1902), 20 R.P.C. 77 .....                 | 639      |
| <b>U</b>  |  |          |
| United States v. Matlock .....  | 415 U.S. 164 (1974) .....                  | 55       |
| United States v. Ziegler .....  | 474 F.3d 1184 (2007) .....                 | 55       |
| United States of America v. Cotroni .....   | [1989] 1 S.C.R. 1469 .....                 | 614      |
| United States of America v. Dynar .....   | [1997] 2 S.C.R. 462 .....                  | 696      |
| United States of America v. Kwok .....  | 2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532 .....     | 614      |

| NAME OF CASE  | WHERE REPORTED                           | PAGE     |
|---|--|----------|
| United States of America v. Nadarajah (No. 1) .....                   | 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662 .....   | 576      |
| University of British Columbia v. Berg .....                          | [1993] 2 S.C.R. 353 .....                | 377      |
| Upper Canada College v. Smith .....                                   | (1920), 61 S.C.R. 413 .....              | 294      |
| <b>V</b>  |  |          |
| Venne v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole) ... | [1989] 1 S.C.R. 880 .....                | 295      |
| <b>W</b>  |  |          |
| West v. Gwynne .....  | [1911] 2 Ch. 1 .....                     | 294      |
| Wewaykum Indian Band v. Canada .....                                  | 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245 .....   | 703      |
| Whirlpool Corp. v. Camco Inc. ....                                    | 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067 .....  | 645      |
| White v. The King .....   | [1947] S.C.R. 268 .....                  | 744      |
| Wildman v. The Queen .....  | [1984] 2 S.C.R. 311 .....                | 280, 301 |
| Withler v. Canada (Attorney General) .....                            | 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396 .....   | 376      |
| Wright v. Hale .....  | (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94 ..... | 295      |
| Wright v. Koziak .....  | [1981] 1 W.W.R. 449 .....                | 130      |
| <b>Y</b>  |  |          |
| Yew Bon Tew v. Kenderaan Bas Mara .....                               | [1983] 1 A.C. 553 .....                  | 296      |



# TABLE DE LA JURISPRUDENCE

| INTITULÉ DE LA CAUSE   | RENOI                                       | PAGE                      |
|--|---|---------------------------|
| 2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool) .....  | [1996] 3 R.C.S. 919 .....                   | 97                        |
| <b>A</b>   |   |                           |
| Abrahamson c. Baker and Smishek .....  | (1964), 48 D.L.R. (2d) 725 .....            | 101                       |
| Air Canada, Re [Regulators' motions] .....   | (2003), 28 C.B.R. (5th) 52 .....            | 477                       |
| Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society .....  | 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261 .....      | 702                       |
| Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony .....   | 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567 .....      | 213, 747,<br>757, 765     |
| Angus c. Sun Alliance Compagnie d'assurance .....  | [1988] 2 R.C.S. 256 .....                   | 280, 294                  |
| Anvil Range Mining Corp., Re .....   | (2001), 25 C.B.R. (4th) 1 .....             | 480                       |
| Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd. ....   | 2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153 .....      | 636                       |
| Assn. for Public Broadcasting in British Columbia c. Conseil de la<br>radiodiffusion et des télécommunications canadiennes ..... | [1981] 1 C.F. 524 .....                     | 535                       |
| Assoc. canadienne des distributeurs de films c. Associés de Viewer's<br>Choice Canada .....                                      | [1996] A.C.F. n <sup>o</sup> 894 (QL) ..... | 537                       |
| ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities<br>Board) .....   | 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140 .....       | 507, 543                  |
| Attorney General for Quebec c. Begin .....   | [1955] R.C.S. 593 .....                     | 337                       |
| <b>B</b>   |   |                           |
| Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada .....   | 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222 .....       | 691                       |
| Bande indienne Wewaykum c. Canada .....  | 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245 .....      | 703                       |
| Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd. ...  | [1971] R.C.S. 1038 .....                    | 305                       |
| Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble ...   | 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476 .....      | 505, 543                  |
| Beamish c. Miltenberger .....  | [1997] N.W.T.R. 160 .....                   | 101, 130                  |
| Belczowski c. Canada .....   | [1992] 2 C.F. 440 .....                     | 95                        |
| Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales .....   | 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764 .....      | 506, 539                  |
| Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex .....  | 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559 .....      | 95, 135,<br>183, 498, 695 |
| Bingeman c. McLaughlin .....   | [1978] 1 R.C.S. 548 .....                   | 301                       |
| Blanchard c. Cole .....  | [1950] 4 D.L.R. 316 .....                   | 101, 131                  |
| Blank c. Canada (Ministre de la Justice) .....   | 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319 .....      | 848                       |
| British Columbia Securities Commission c. Branch .....   | [1995] 2 R.C.S. 3 .....                     | 331                       |
| Brooks c. Canada Safeway Ltd. ....   | [1989] 1 R.C.S. 1219 .....                  | 376                       |
| Brown c. Board of Education of Topeka .....  | 347 U.S. 483 (1954) .....                   | 376                       |
| Bruker c. Marcovitz .....  | 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607 .....      | 760                       |
| Burke c. Cie de la Baie d'Hudson .....   | 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273 .....      | 683                       |

| INTITULÉ DE LA CAUSE  | REVOI                                    | PAGE     |
|---|--|----------|
| <b>C</b>  |  |          |
| C. H. Boehringer Sohn c. Bell-Craig Ltd. ....   | [1962] R.C. de l'É. 201 .....            | 631      |
| Camsell c. Rabesca .....  | [1987] N.W.T.R. 186 .....                | 99       |
| Canada c. McLarty .....   | 2008 CSC 26, [2008] 2 R.C.S. 79 .....    | 462      |
| Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la<br>Défense nationale) .....                            | 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306 .....   | 294      |
| Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c.<br>Canada (Procureur général) .....                       | 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 .....   | 130      |
| Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society  | 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134 .....   | 575      |
| Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc. ....  | [1954] R.C. de l'É. 382 .....            | 524      |
| CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général) .....  | [1999] 1 R.C.S. 743 .....                | 695      |
| Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-<br>Télévision canadienne .....                             | [1978] 2 R.C.S. 141 .....                | 535      |
| CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada .....   | 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 .....   | 521, 544 |
| Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commis-<br>sion) .....  | [1990] 2 R.C.S. 489 .....                | 383      |
| Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud .....   | [1992] 2 R.C.S. 970 .....                | 383, 754 |
| Cic pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environne-<br>ment) .....                                      | 2003 CSC 58, [2003] 2 R.C.S. 624 .....   | 464      |
| Cicciarski c. Fenning .....   | 2005 MBCA 52, 195 Man. R. (2d) 272 ..... | 294      |
| CKOY Ltd. c. La Reine .....   | [1979] 1 R.C.S. 2 .....                  | 506, 532 |
| Cloutier c. Langlois .....  | [1990] 1 R.C.S. 158 .....                | 432      |
| Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc. ....  | 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86 .....    | 513      |
| Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations<br>Commission) c. BCGSEU .....                                | [1999] 3 R.C.S. 3 .....                  | 383      |
| Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c.<br>Colombie-Britannique (Council of Human Rights) .....    | [1999] 3 R.C.S. 868 .....                | 388      |
| Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité<br>d'Etobicoke .....                                  | [1982] 1 R.C.S. 202 .....                | 383      |
| Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson-Sears<br>Ltd. ....   | [1985] 2 R.C.S. 536 .....                | 754      |
| Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin .....  | [1994] 2 R.C.S. 525 .....                | 754      |
| Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada<br>(Commission canadienne des droits de la personne) ..... | [1987] 1 R.C.S. 1114 .....               | 387      |
| Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re .....   | (1997), 96 O.A.C. 75 .....               | 463, 480 |
| Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes<br>c. CTV Television Network Ltd. ....             | [1982] 1 R.C.S. 530 .....                | 532      |
| Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc. ....   | 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650 .....   | 377      |
| Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd. ....   | [1981] 1 R.C.S. 504 .....                | 631      |
| Copthorne Holdings Ltd. c. Canada .....   | 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721 .....   | 349      |
| Curr c. La Reine .....  | [1972] R.C.S. 889 .....                  | 337      |
| Cusimano c. Toronto (City) .....  | 2011 ONSC 7271, 287 O.A.C. 355 .....     | 98       |
| <b>D</b>  |  |          |
| Dagenais c. Société Radio-Canada .....  | [1994] 3 R.C.S. 835 .....                | 738      |
| Dedman c. La Reine .....  | [1985] 2 R.C.S. 2 .....                  | 432      |
| Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs .....  | 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801 .....   | 294      |

| INTITULÉ DE LA CAUSE  | RENOI  | PAGE               |
|---|--|--------------------|
| Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re) ..... | 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248 ... 280, 295, 569 |                    |
| Dewdney Election Case .....                                 | [1925] 3 D.L.R. 770 .....                          | 136                |
| Dikranian c. Québec (Procureur général) .....               | 2005 CSC 73, [2005] 3 R.C.S. 530 .....             | 294                |
| Dubois c. La Reine .....                                    | [1985] 2 R.C.S. 350 .....                          | 207, 252, 320, 333 |

## E

|  |  |     |
|--|--|-----|
| Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général) ..... | [1997] 3 R.C.S. 624 .....              | 377 |
| Eli Lilly Canada Inc. c. Apotex Inc. .....                 | 2008 CF 142, 63 C.P.R. (4th) 406 ..... | 640 |
| Eli Lilly Canada Inc. c. Apotex Inc. .....                 | 2009 CAF 97, 78 C.P.R. (4th) 388 ..... | 640 |
| États-Unis d'Amérique c. Cotroni .....                     | [1989] 1 R.C.S. 1469 .....             | 614 |
| États-Unis d'Amérique c. Dynar .....                       | [1997] 2 R.C.S. 462 .....              | 696 |
| États-Unis d'Amérique c. Kwok .....                        | 2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532 ..... | 614 |

## F

|   |  |          |
|---|--|----------|
| Faryna c. Chorny .....  | [1952] 2 D.L.R. 354 .....              | 770      |
| Figueroa c. Canada (Procureur général) .....                                  | 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912 ..... | 92       |
| Flookes and Long c. Shrake .....  | (1989), 100 A.R. 98 .....              | 101      |
| Ford c. La Reine .....  | [1982] 1 R.C.S. 231 .....              | 168, 177 |
| Frame c. Smith .....  | [1987] 2 R.C.S. 99 .....               | 703      |
| Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports) ..... | [1992] 1 R.C.S. 3 .....                | 511      |

## G

|  |  |     |
|--|--|-----|
| Gabco Ltd. c. Minister of National Revenue .....   | (1968), 68 D.T.C. 5210 .....           | 14  |
| Galampos c. Perez .....  | 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247 ..... | 701 |
| General Chemical Canada Ltd., Re .....   | 2007 ONCA 600, 228 O.A.C. 385 .....    | 478 |
| Gladstone c. Canada (Procureur général) .....  | 2005 CSC 21, [2005] 1 R.C.S. 325 ..... | 706 |
| Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique ... | 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295 ..... | 585 |
| Griggs c. Duke Power Co. .....   | 401 U.S. 424 (1971) .....              | 387 |
| Guerin c. La Reine .....   | [1984] 2 R.C.S. 335 .....              | 702 |
| Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national .....  | [1977] 1 R.C.S. 271 .....              | 294 |

## H

|   |  |         |
|---|--|---------|
| H.L. c. Canada (Procureur général) .....                      | 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401 ..... | 137     |
| Haig c. Canada .....  | [1993] 2 R.C.S. 995 .....              | 95, 129 |
| Harper c. Canada (Procureur général) .....                    | 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827 ..... | 129     |
| Henry c. Canada (Attorney General) .....                      | 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70 ... | 93, 129 |
| Hickman Motors Ltd. c. Canada .....                           | [1997] 2 R.C.S. 336 .....              | 32      |
| Hodgkinson c. Simms .....                                     | [1994] 3 R.C.S. 377 .....              | 703     |
| Hoechst Pharmaceuticals of Canada Ltd. c. Gilbert & Co. ..... | [1965] 1 R.C. de l'É. 710 .....        | 649     |
| Hoechst Pharmaceuticals of Canada Ltd. c. Gilbert & Co. ..... | [1966] R.C.S. 189 .....                | 649     |

| INTITULÉ DE LA CAUSE   | REVOI                                       | PAGE             |
|--|---|------------------|
| Hogan c. Careen and Hickey .....   | (1993), 116 Nfld. & P.E.I.R. 310 .....      | 101              |
| Housen c. Nikolaisen .....   | 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 .....      | 137,<br>485, 744 |
| Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen .....   | [1957] R.C.S. 403 .....                     | 298              |
| Hunter c. Southam Inc. ....  | [1984] 2 R.C.S. 145 .....                   | 47, 64           |
| Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national .....   | [1995] 3 R.C.S. 453 .....                   | 457, 477         |
| <b>I</b>   |   |                  |
| Illinois c. Rodriguez .....  | 497 U.S. 177 (1990) .....                   | 55               |
| Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général) .....   | [1989] 1 R.C.S. 927 .....                   | 584              |
| <b>J</b>   |   |                  |
| Juman c. Doucette .....  | 2008 CSC 8, [2008] 1 R.C.S. 157.....        | 335              |
| <b>K</b>   |   |                  |
| Kienapple c. La Reine .....  | [1975] 1 R.C.S. 729 .....                   | 566              |
| <b>L</b>   |   |                  |
| Lake c. Canada (Ministre de la Justice) .....  | 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761 .....      | 614              |
| Lamford Forest Products Ltd. (Re) .....  | (1991), 86 D.L.R. (4th) 534 .....           | 477              |
| Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc. ....   | 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591 .....      | 512, 532         |
| Ligue de la radiodiffusion canadienne c. Conseil de la radiodiffusion<br>et des télécommunications canadiennes ..... | [1983] 1 C.F. 182 .....                     | 536              |
| Longley c. Canada (Attorney General) .....   | 2007 ONCA 852, 88 O.R. (3d) 408 .....       | 96               |
| <b>M</b>   |   |                  |
| M. (A.) c. Ryan .....  | [1997] 1 R.C.S. 157 .....                   | 749              |
| Martin c. Perrie .....   | [1986] 1 R.C.S. 41 .....                    | 297              |
| Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc. ....   | 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772 .....      | 511              |
| McMechan c. Dow .....  | (1968), 67 D.L.R. (2d) 56 .....             | 132              |
| Merck & Co. c. Apotex Inc. ....  | 2006 CF 524, 53 C.P.R. (4th) 1 .....        | 635              |
| Midland Railway Co. c. Pye .....   | (1861), 10 C.B.N.S. 179, 142 E.R. 419 ..... | 296              |
| Minerals Separation North American Corp. c. Noranda Mines,<br>Ltd. ....  | [1947] R.C. de l'É. 306 .....               | 632              |
| Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services finan-<br>ciers) .....                                    | 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152 .....      | 683              |
| Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser .....  | 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902 .....      | 645              |
| Moon c. Durden .....   | [1848] 2 Ex. 22, 154 E.R. 389 .....         | 296              |
| Morgan c. Simpson .....  | [1974] 3 All E.R. 722 .....                 | 130              |
| Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys .....  | 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256 .....       | 751              |

| INTITULÉ DE LA CAUSE   | RENOI                                   | PAGE     |
|--|---|----------|
| <b>N</b>   |   |          |
| Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor) .....         | 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 .....  | 407      |
| Nielsen c. Simmons .....   | (1957), 14 D.L.R. (2d) 446 .....        | 101      |
| Nolan c. Kerry (Canada) Inc. ....  | 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678 .....  | 683      |
| <b>O</b>   |   |          |
| O'Brien c. Hamel .....   | (1990), 73 O.R. (2d) 87 .....           | 101, 131 |
| O'Connor c. Ortega .....   | 480 U.S. 709 (1987) .....               | 50       |
| Ontario c. Canadien Pacifique Ltée .....   | [1995] 2 R.C.S. 1031 .....              | 577      |
| Ontario (Procureur général) c. Fraser .....  | 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3 .....    | 348      |
| <b>P</b>   |   |          |
| Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville) .....  | 2000 CSC 64, [2000] 2 R.C.S. 919 .....  | 715      |
| Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville) .....  | 2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575 .....  | 712      |
| Palmer c. La Reine .....   | [1980] 1 R.C.S. 759 .....               | 148      |
| Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd. ....                       | (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45 .....     | 466, 477 |
| Peter c. Beblow .....  | [1993] 1 R.C.S. 980 .....               | 713      |
| Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) .....  | 2008 CAF 108, [2009] 1 R.C.F. 253 ..... | 631      |
| Pharmascience inc. c. Binet .....  | 2006 CSC 48, [2006] 2 R.C.S. 513 .....  | 135      |
| Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets) .....                                       | [1989] 1 R.C.S. 1623 .....              | 645      |
| Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail) .....  | [1997] 1 R.C.S. 1015 .....              | 511      |
| Police c. Razamjoo .....   | [2005] D.C.R. 408 .....                 | 744      |
| Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation .....                                     | [1986] 1 R.C.S. 732 .....               | 295      |
| <b>Q</b>   |   |          |
| Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville) ..... | 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665 .....  | 377      |
| Québec (Procureur général) c. Laroche .....  | 2002 CSC 72, [2002] 3 R.C.S. 708 .....  | 54       |
| <b>R</b>   |   |          |
| R. c. A.F. ....  | 2005 ABCA 447, 376 A.R. 124 .....       | 772      |
| R. c. Ahmad .....  | (2009), 257 C.C.C. (3d) 199 .....       | 583 583  |
| R. c. Ali .....  | [1980] 1 R.C.S. 221 .....               | 287, 307 |
| R. c. Allen .....  | 2003 CSC 18, [2003] 1 R.C.S. 223 .....  | 344      |
| R. c. Appleby .....  | [1972] R.C.S. 303 .....                 | 252      |
| R. c. Arcuri .....   | 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828 .....  | 749      |
| R. c. Bain .....   | [1992] 1 R.C.S. 91 .....                | 843      |
| R. c. Barrow .....   | [1987] 2 R.C.S. 694 .....               | 850      |
| R. c. Belnavis .....   | [1997] 3 R.C.S. 341 .....               | 59       |
| R. c. Big M Drug Mart Ltd. ....  | [1985] 1 R.C.S. 295 .....               | 754      |
| R. c. Biniaris .....   | 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381 .....  | 162      |

| INTITULÉ DE LA CAUSE                  | RENOI                                    | PAGE               |
|---------------------------------------|--|--------------------|
| R. c. Borden .....                    | [1994] 3 R.C.S. 145 .....                | 46                 |
| R. c. Boucher .....                   | 2005 CSC 72, [2005] 3 R.C.S. 499 ....    | 200, 251           |
| R. c. Buhay .....                     | 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631 .....   | 49, 64             |
| R. c. Bulman .....                    | 2007 ONCA 169, 221 O.A.C. 210 .....      | 234, 266           |
| R. c. Burbella .....                  | 2002 MBCA 105, 166 Man. R. (2d) 198 ...  | 166,<br>179        |
| R. c. Burke .....                     | 2002 CSC 55, [2002] 2 R.C.S. 857 .....   | 850                |
| R. c. Butt .....                      | (2008), 280 Nfld. & P.E.I.R. 129 .....   | 773                |
| R. c. Calder .....                    | [1996] 1 R.C.S. 660 .....                | 60                 |
| R. c. Carter .....                    | (1985), 19 C.C.C. (3d) 174 ...           | 200, 247, 278, 289 |
| R. c. Cayer .....                     | 2010 QCCQ 9352 (CanLII) .....            | 213                |
| R. c. Chapdelaine .....               | 2004 ABQB 39 (CanLII) .....              | 773                |
| R. c. Chaulk .....                    | [1990] 3 R.C.S. 1303 .....               | 213                |
| R. c. Church of Scientology .....     | (1997), 33 O.R. (3d) 65 .....            | 843                |
| R. c. CKOY Ltd. ....                  | (1976), 13 O.R. (2d) 156 .....           | 534                |
| R. c. Clay .....                      | 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735 .....   | 575                |
| R. c. Clayton .....                   | 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725 ....    | 420, 435           |
| R. c. Colarusso .....                 | [1994] 1 R.C.S. 20 .....                 | 53                 |
| R. c. Cole .....                      | 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34 .....    | 424                |
| R. c. Collins .....                   | [1987] 1 R.C.S. 265 .....                | 47, 418, 427       |
| R. c. Côté .....                      | 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215 ...     | 56, 68, 441        |
| R. c. Coutts .....                    | (1999), 45 O.R. (3d) 288 .....           | 201                |
| R. c. Couture .....                   | 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517 .....   | 111                |
| R. c. Crawford .....                  | [1995] 1 R.C.S. 858 .....                | 757                |
| R. c. Crosthwait .....                | [1980] 1 R.C.S. 1089 .....               | 203, 251, 289      |
| R. c. D'Amour .....                   | (2002), 166 C.C.C. (3d) 477 .....        | 54                 |
| R. c. Darrach .....                   | 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443 .....   | 232                |
| R. c. Davey .....                     | 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828 .....   | 805                |
| R. c. Davis .....                     | (1995), 165 A.R. 243 .....               | 772                |
| R. c. Decker .....                    | 2002 NFCA 9, 209 Nfld. & P.E.I.R. 44 ... | 166,<br>179        |
| R. c. Déry .....                      | 2006 CSC 53, [2006] 2 R.C.S. 669 .....   | 582                |
| R. c. Dixon .....                     | [1998] 1 R.C.S. 244 .....                | 804, 850           |
| R. c. Downey .....                    | [1992] 2 R.C.S. 10 .....                 | 206                |
| R. c. Downey .....                    | 2010 ONSC 1531 (CanLII) .....            | 601                |
| R. c. Drolet .....                    | 2010 QCCQ 7719, [2010] R.J.Q. 2610 ..... | 211                |
| R. c. Duarte .....                    | [1990] 1 R.C.S. 30 .....                 | 55                 |
| R. c. Duff .....                      | 2010 ABPC 319, 501 A.R. 122 .....        | 213                |
| R. c. Dyment .....                    | [1988] 2 R.C.S. 417 .....                | 54                 |
| R. c. E. (A.W.) .....                 | [1993] 3 R.C.S. 155 .....                | 298                |
| R. c. Edwards .....                   | [1996] 1 R.C.S. 128 .....                | 47                 |
| R. c. Edwards Books and Art Ltd. .... | [1986] 2 R.C.S. 713 .....                | 212, 754           |
| R. c. Emms .....                      | 2012 CSC 74, [2012] 3 R.C.S. 810 .....   | 833                |
| R. c. Evans .....                     | [1996] 1 R.C.S. 8 .....                  | 46                 |
| R. c. Fagan .....                     | (1993), 18 C.R.R. (2d) 191 .....         | 848                |
| R. c. Gartner .....                   | 2010 ABCA 335, 490 A.R. 268 .....        | 308                |
| R. c. Gervais .....                   | [1978] J.Q. n° 181 (QL) .....            | 284, 305           |
| R. c. Gibson .....                    | 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397 ....    | 203, 247           |
| R. c. Gilbert .....                   | (1994), 92 C.C.C. (3d) 266 .....         | 200                |
| R. c. Gillespie .....                 | 2010 BCPC 207 (CanLII) .....             | 213                |

| INTITULÉ DE LA CAUSE                     | RENOI   | PAGE                |
|--|---|---------------------|
| R. c. Gomboc .....                       | 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211 .....                | 50                  |
| R. c. Grant .....                        | 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353 .....                | 56, 69,<br>424, 430 |
| R. c. Grosse .....                       | (1996), 29 O.R. (3d) 785 .....                        | 233, 266            |
| R. c. Hall .....                         | 2007 ONCA 8, 83 O.R. (3d) 641 .....                   | 234, 266            |
| R. c. Harrison .....                     | 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494 .....                | 59,<br>69, 440      |
| R. c. Hart .....                         | (1999), 174 N.S.R. (2d) 165 .....                     | 750                 |
| R. c. Henry .....                        | 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609 .....                | 317, 328,<br>618    |
| R. c. Heywood .....                      | [1994] 3 R.C.S. 761 .....                             | 574                 |
| R. c. Hibbert .....                      | 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445 .....                | 322                 |
| R. c. Hobbs .....                        | 2010 NSCA 62, 293 N.S.R. (2d) 126 .....               | 850                 |
| R. c. Huff .....                         | [2000] O.J. No. 3487 (QL) .....                       | 201                 |
| R. c. Hummel .....                       | (1987), 36 C.C.C. (3d) 8 .....                        | 210                 |
| R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée ..... | 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45 .....                 | 482                 |
| R. c. J.Z.S. ....                        | 2010 CSC 1, [2010] 1 R.C.S. 3 .....                   | 743                 |
| R. c. Jarvis .....                       | 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757 .....                | 54                  |
| R. c. Johal .....                        | (1998), 124 C.C.C. (3d) 249 .....                     | 176                 |
| R. c. Kakegamic .....                    | 2010 ONCA 903, 272 O.A.C. 205 .....                   | 843                 |
| R. c. Kang-Brown .....                   | 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456 .....                | 432                 |
| R. c. Kasim .....                        | 2011 ABCA 336, 515 A.R. 254 .....                     | 226                 |
| R. c. Keegstra .....                     | [1990] 3 R.C.S. 697 .....                             | 586                 |
| R. c. Khan .....                         | [1990] 2 R.C.S. 531 .....                             | 773                 |
| R. c. Khan .....                         | 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823 .....                | 850                 |
| R. c. Khawaja .....                      | 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555 .....                | 614                 |
| R. c. Knott .....                        | 2012 CSC 42, [2012] 2 R.C.S. 470 .....                | 129                 |
| R. c. Kokesch .....                      | [1990] 3 R.C.S. 3 .....                               | 63                  |
| R. c. Kuldip .....                       | [1990] 3 R.C.S. 618 .....                             | 318, 339            |
| R. c. Laforge .....                      | 2010 QCCQ 7718, [2010] R.J.Q. 2537 .....              | 214                 |
| R. c. Latimer .....                      | [1997] 1 R.C.S. 217 .....                             | 785, 825, 844       |
| R. c. Levert .....                       | (2001), 159 C.C.C. (3d) 71 .....                      | 771                 |
| R. c. Levogiannis .....                  | (1990), 1 O.R. (3d) 351 .....                         | 742, 774            |
| R. c. Levogiannis .....                  | [1993] 4 R.C.S. 475 .....                             | 757                 |
| R. c. Lifchus .....                      | [1997] 3 R.C.S. 320 .....                             | 252                 |
| R. c. Lockerby .....                     | 1999 NSCA 122, 180 N.S.R. (2d) 115 .....              | 171                 |
| R. c. Loewen .....                       | 2011 CSC 21, [2011] 2 R.C.S. 167 .....                | 434                 |
| R. c. Loiseau .....                      | 2010 QCCA 1872, [2010] R.J.Q. 2246 .....              | 287,<br>308         |
| R. c. Lyttle .....                       | 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193 .....                 | 743                 |
| R. c. M. (C.A.) .....                    | [1996] 1 R.C.S. 500 .....                             | 62, 602             |
| R. c. M. (M.R.) .....                    | [1998] 3 R.C.S. 393 .....                             | 47                  |
| R. c. Mallery .....                      | 2008 NBCA 18, 327 R.N.-B. (2 <sup>e</sup> ) 130 ..... | 166,<br>179         |
| R. c. Malmo-Levine .....                 | 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571 .....                | 575                 |
| R. c. Mann .....                         | 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59 .....                 | 419, 427            |
| R. c. Mannion .....                      | [1986] 2 R.C.S. 272 .....                             | 338                 |
| R. c. McNeil .....                       | 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66 .....                  | 847                 |
| R. c. Mellenthin .....                   | [1992] 3 R.C.S. 615 .....                             | 438                 |
| R. c. Mentuck .....                      | 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442 .....                | 738                 |

| INTITULÉ DE LA CAUSE   | RENOI                                   | PAGE               |
|--|---|--------------------|
| R. c. Mills .....  | [1999] 3 R.C.S. 668 .....               | 740, 769           |
| R. c. Milne .....  | (1996), 107 C.C.C. (3d) 118 .....       | 201                |
| R. c. Monney .....   | [1999] 1 R.C.S. 652 .....               | 294                |
| R. c. Morelli .....  | 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253 .....   | 39, 62             |
| R. c. Morgentaler .....  | [1988] 1 R.C.S. 30 .....                | 226                |
| R. c. Muzuva .....   | (2010), 206 C.R.R. (2d) 18 .....        | 213                |
| R. c. Noël .....   | 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433 .....  | 318, 334           |
| R. c. Nolet .....  | 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851 .....  | 46                 |
| R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society .....   | [1992] 2 R.C.S. 606 .....               | 508                |
| R. c. O'Connor .....   | [1995] 4 R.C.S. 411 .....               | 226, 769           |
| R. c. Oakes .....  | [1986] 1 R.C.S. 103 .....               | 206, 253, 747, 761 |
| R. c. Orbanski .....   | 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3 .....    | 201                |
| R. c. Osolin .....   | [1993] 4 R.C.S. 595 .....               | 743                |
| R. c. Pan .....  | 2001 CSC 42, [2001] 2 R.C.S. 344 .....  | 845                |
| R. c. Paszczenko .....   | 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424 ...    | 233, 266           |
| R. c. Patrick .....  | 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579 .....  | 46                 |
| R. c. Pelletier .....  | (1995), 165 A.R. 138 .....              | 770                |
| R. c. Penno .....  | [1990] 2 R.C.S. 865 .....               | 167, 177           |
| R. c. Phillips .....   | (1988), 42 C.C.C. (3d) 150 .....        | 210                |
| R. c. Pizzacalla .....   | (1991), 5 O.R. (3d) 783 .....           | 844                |
| R. c. Plant .....  | [1993] 3 R.C.S. 281 .....               | 48                 |
| R. c. Powichrowski .....   | 2009 ONCJ 490, 70 C.R. (6th) 376 .....  | 201                |
| R. c. Price .....  | (1978), 40 C.C.C. (2d) 378 .....        | 167, 176           |
| R. c. Puskas .....   | [1998] 1 R.C.S. 1207 .....              | 305                |
| R. c. R.S.M. ....  | 1999 BCCA 218 (CanLII) .....            | 772                |
| R. c. Rose .....   | [1998] 3 R.C.S. 262 .....               | 741                |
| R. c. Ross .....   | 2007 ONCJ 59, 44 M.V.R. (5th) 275 ..... | 171                |
| R. c. Schwartz .....   | [1988] 2 R.C.S. 443 .....               | 256                |
| R. c. Seaboyer .....   | [1991] 2 R.C.S. 577 .....               | 224, 247, 741      |
| R. c. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions,<br>Ex parte Spath Holme Ltd. .... | [2001] 2 A.C. 349 .....                 | 293                |
| R. c. Sherratt .....   | [1991] 1 R.C.S. 509 .....               | 843                |
| R. c. Shuparski .....  | 2003 SKCA 22, [2003] 6 W.W.R. 428 ..... | 166,<br>179        |
| R. c. Smits .....  | 2012 ONCA 524, 294 O.A.C. 355 .....     | 166                |
| R. c. Spiers .....   | 2012 ONCA 798, 113 O.R. (3d) 1 .....    | 833                |
| R. c. St. Pierre .....   | [1995] 1 R.C.S. 791 .....               | 217, 251, 289      |
| R. c. Stinchcombe .....  | [1991] 3 R.C.S. 326 .....               | 622, 848           |
| R. c. St-Onge Lamoureux .....  | 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187 .....  | 278, 290           |
| R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy .....   | [1924] 1 K.B. 256 .....                 | 793                |
| R. c. Swain .....  | [1991] 1 R.C.S. 933 .....               | 751                |
| R. c. Szymanski .....  | (2009), 88 M.V.R. (5th) 182 .....       | 171                |
| R. c. Taillefer .....  | 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307 ...    | 804, 850           |
| R. c. Teerhuis-Moar .....  | 2007 MBQB 165, 217 Man. R. (2d) 270 ... | 843                |
| R. c. Tessling .....   | 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432 .....  | 46                 |
| R. c. Toews .....  | [1985] 2 R.C.S. 119 .....               | 167, 175           |
| R. c. Trask .....  | [1987] 2 R.C.S. 304 .....               | 62                 |
| R. c. Truong .....   | 2010 BCCA 536, 296 B.C.A.C. 248 .....   | 308                |
| R. c. Ulybel Enterprises Ltd. ....   | 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867 .....  | 511, 532           |
| R. c. Underwood .....  | [1998] 1 R.C.S. 77 .....                | 61                 |



| INTITULÉ DE LA CAUSE  | RENOI                                      | PAGE               |
|---|--|--------------------|
| R. c. Vaillancourt .....  | [1987] 2 R.C.S. 636 .....                  | 207, 254           |
| R. c. W. (R.) .....   | [1992] 2 R.C.S. 122 .....                  | 744                |
| R. c. Waterfield .....  | [1963] 3 All E.R. 659 .....                | 431                |
| R. c. Whyte .....   | [1988] 2 R.C.S. 3 .....                    | 168, 177, 207, 256 |
| R. c. Wolkins .....   | 2005 NSCA 2, 229 N.S.R. (2d) 222 .....     | 850                |
| R. c. Wong .....  | [1990] 3 R.C.S. 36 .....                   | 55, 64             |
| R. c. Wren .....  | (2000), 47 O.R. (3d) 544 .....             | 166                |
| R. c. Yumnu .....   | 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777 .....     | 814, 833           |
| Renvoi relatif à la Loi sur la radiodiffusion .....   | 2012 CSC 4, [2012] 1 R.C.S. 142 .....      | 504                |
| Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard .....                          | [1997] 3 R.C.S. 3 .....                    | 762                |
| Renvoi relatif à la sécession du Québec .....   | [1998] 2 R.C.S. 217 .....                  | 762                |
| Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe .....  | 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698 .....     | 765                |
| Republic of Costa Rica c. Erlanger .....  | [1876] 3 Ch. D. 62 .....                   | 297                |
| Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....   | [1998] 1 R.C.S. 27 .....                   | 129                |
| RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général) .....  | [1995] 3 R.C.S. 199 .....                  | 220                |
| Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique .....                     | 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283 .....     | 525                |
| <b>S</b>  |  |                    |
| S.L. c. Commission scolaire des Chênes .....  | 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235 .....      | 754, 766           |
| Saumur c. City of Quebec .....  | [1953] 2 R.C.S. 299 .....                  | 754                |
| Saunders c. The Queen .....   | [1967] R.C.S. 284 .....                    | 166, 176           |
| Sauvé c. Canada (Attorney General) .....  | (1992), 7 O.R. (3d) 481 .....              | 95                 |
| Schmidt c. Air Products Canada Ltd. .....   | [1994] 2 R.C.S. 611 .....                  | 683                |
| SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd. .....  | [1986] 2 R.C.S. 573 .....                  | 585                |
| Shell Canada Ltée c. Canada .....   | [1999] 3 R.C.S. 622 .....                  | 19                 |
| Shirley (Re) .....  | (1995), 129 D.L.R. (4th) 105 .....         | 477                |
| Singleton c. Canada .....   | 2001 CSC 61, [2001] 2 R.C.S. 1046 .....    | 13                 |
| Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet .....    | 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 .....     | 521                |
| Société Radio-Canada c. Métromédia CMR Montréal Inc. .....  | (1999), 254 N.R. 266 .....                 | 536                |
| Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général) ...   | [1996] 3 R.C.S. 480 .....                  | 762                |
| Société Télé-Mobile c. Ontario .....  | 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305 .....     | 524                |
| Sorochan c. Sorochan .....  | [1986] 2 R.C.S. 38 .....                   | 713                |
| Soulos c. Korkontzilas .....  | [1997] 2 R.C.S. 217 .....                  | 711                |
| Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board .....   | [1933] R.C.S. 629 .....                    | 294                |
| Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique .....   | 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609 .....     | 563                |
| St-Jean c. Mercier .....  | 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491 .....     | 855                |
| Strathcona (County) c. PriceWaterhouseCoopers Inc. .....  | 2005 ABQB 559, 47 Alta. L.R. (4th) 138 ... | 478                |
| Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...   | 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 .....        | 585                |
| Syndicat des travailleurs en télécommunications c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes ..... | 2003 CAF 381, [2004] 2 R.C.F. 3 .....      | 535                |
| Syndicat Northcrest c. Amselem .....  | 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551 .....     | 739, 766           |
| <b>T</b>  |  |                    |
| Taylor c. The Queen .....   | (1876), 1 R.C.S. 65 .....                  | 305                |
| The Ydun .....  | [1899] P. 236 .....                        | 297                |

| INTITULÉ DE LA CAUSE  | RENOI                                    | PAGE     |
|---|--|----------|
| Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc. ....                | 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336 .....   | 511, 545 |
| Toronto Railway Co. c. Paget .....                                    | (1909), 42 R.C.S. 488 .....              | 512      |
| Tubes, Ld. c. Perfecta Seamless Steel Tube Company, Ld. ....          | (1902), 20 R.P.C. 77 .....               | 639      |
| <b>U</b>  |  |          |
| United States c. Matlock .....  | 415 U.S. 164 (1974) .....                | 55       |
| United States c. Ziegler .....  | 474 F.3d 1184 (2007) .....               | 55       |
| United States of America c. Nadarajah (No. 1) .....                   | 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662 .....   | 576      |
| Université de la Colombie-Britannique c. Berg .....                   | [1993] 2 R.C.S. 353 .....                | 377      |
| Upper Canada College c. Smith .....                                   | (1920), 61 R.C.S. 413 .....              | 294      |
| <b>V</b>  |  |          |
| Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole) ... | [1989] 1 R.C.S. 880 .....                | 295      |
| <b>W</b>  |  |          |
| West c. Gwynne .....  | [1911] 2 Ch. 1 .....                     | 294      |
| Whirlpool Corp. c. Camco Inc. ....                                    | 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067 .....  | 645      |
| White c. The King .....   | [1947] R.C.S. 268 .....                  | 744      |
| Wildman c. La Reine .....   | [1984] 2 R.C.S. 311 .....                | 280, 301 |
| Withler c. Canada (Procureur général) .....                           | 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396 .....   | 376      |
| Wright c. Hale .....  | (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94 ..... | 295      |
| Wright c. Koziak .....  | [1981] 1 W.W.R. 449 .....                | 130      |
| <b>Y</b>  |  |          |
| Yew Bon Tew c. Kenderaan Bas Mara .....                               | [1983] 1 A.C. 553 .....                  | 297      |

**Teva Canada Limited** *Appellant*

v.

**Pfizer Canada Inc., Pfizer Inc., Pfizer Ireland Pharmaceuticals, Pfizer Research and Development Company N.V./S.A. and Minister of Health** *Respondents*

and

**Canadian Generic Pharmaceutical Association and Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies** *Interveners*

**INDEXED AS: TEVA CANADA LTD. v. PFIZER CANADA INC.**

**2012 SCC 60**

File No.: 33951.

2012: April 18; 2012: November 8.\*

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Intellectual property — Patents — Disclosure requirements — Patent for use of compound to treat erectile dysfunction — Patent application containing cascading claims ending with two individual compounds — Claims not specifying active compound — Whether patent application meeting disclosure requirements of Patent Act — Whether patent based on sound prediction — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 27(3).*

P holds Patent 2,163,446 for the use of a “compound of formula (I)” or a “salt thereof” as a medicament for the treatment of erectile dysfunction (“ED”). The patent’s specification ends with seven cascading claims for successively smaller ranges of compounds, with Claims

\* A motion to amend the judgment was granted on June 4, 2013. The order on this motion amended paras. 1, 83, 87 and 91 of both versions of the reasons. The amendments are included in these reasons.

**Teva Canada Limitée** *Appelante*

c.

**Pfizer Canada Inc., Pfizer Inc., Pfizer Ireland Pharmaceuticals, Pfizer Research and Development Company N.V./S.A. et Ministre de la Santé** *Intimés*

et

**Association canadienne du médicament générique et Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : TEVA CANADA LTÉE c. PFIZER CANADA INC.**

**2012 CSC 60**

N° du greffe : 33951.

2012 : 18 avril; 2012 : 8 novembre\*.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Propriété intellectuelle — Brevets — Exigences de divulgation — Brevet délivré pour l'utilisation d'un composé dans le traitement de la dysfonction érectile — Demande de brevet renfermant des revendications en cascade dont les deux dernières visaient deux composés individuels — Omission de préciser l'ingrédient actif dans les revendications — La demande de brevet satisfaisait-elle aux exigences de divulgation prévues par la Loi sur les brevets? — Le brevet était-il fondé sur une prédiction valable? — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 27(3).*

P est titulaire du brevet 2 163 446 concédé relativement à l'utilisation d'un « composé de la formule (I) » ou d'un « sel de ce composé » comme médicament pour le traitement de la dysfonction érectile (« DÉ »). Le mémoire descriptif du brevet se termine par sept

\* Une requête en modification de jugement a été accordée le 4 juin 2013. L'ordonnance accordant cette requête a modifié les par. 1, 83, 87 et 91 des deux versions des motifs. Les modifications ont été incorporées dans les présents motifs.

6 and 7 relating to a single compound each. Only sildenafil, the subject of Claim 7 and the active compound in Viagra, had been shown to be effective in treating ED at the time of the patent application. Although the patent includes the statement that “one of the especially preferred compounds induces penile erection in impotent males”, the patent application does not disclose that the compound that works is sildenafil, that it is found in Claim 7, or that the remaining compounds had not been found to be effective in treating ED.

T applied for a notice of compliance in order to produce a generic version of Viagra. The Federal Court prohibited the Minister from issuing the requested notice of compliance. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal.

*Held:* The appeal should be allowed.

The patent application did not satisfy the disclosure requirements set out in the *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4 (“Act”). The patent system is based on a “bargain”: the inventor is granted exclusive rights in a new and useful invention for a limited period in exchange for disclosure of the invention so that society can benefit from this knowledge. Sufficiency of disclosure lies at the very heart of the patent system, so adequate disclosure in the specification is a precondition for the granting of a patent.

Although s. 58 of the Act allows courts to consider valid claims separately from those that are not valid, and although valid claims survive in the face of one or more invalid claims, s. 58 is engaged only *after* the validity analysis is carried out. It does not allow a court to consider the validity of a single claim independently of the rest of the specification, even if the claim in question is the only one that may be valid. The lower courts held that each claim in the patent is a separate invention. As a result, they considered the disclosure requirements with respect to each individual claim, not to the specification as a whole. This confused the principle that the claims define the scope of the exclusive right being sought with the principle that the content of the specification determines whether the disclosure requirements have been met. The Act requires that the court consider the specification as a whole, which includes the claims and the disclosure, from the perspective of a person skilled in the art to determine whether the patent meets the disclosure requirements. Only where the specification as a whole shows that each claim in a patent application concerns a separate invention will

revendications en cascade faisant successivement état de nombres plus restreints de composés, les revendications 6 et 7 renvoyant chacune à un seul composé. Lors du dépôt de la demande de brevet, seule l’efficacité du composé visé par la revendication 7 et élément actif du Viagra — le sildénafil — avait été démontrée dans le traitement de la DÉ. Bien qu’il soit déclaré dans le brevet qu’« un des composés particulièrement privilégiés cause une érection pénienne chez des hommes impuissants », la demande de brevet ne précise pas que le composé qui fonctionne est le sildénafil, qu’il fait l’objet de la revendication 7 ou que les autres composés ne se sont pas révélés efficaces pour contrer la DÉ.

T a demandé un avis de conformité en vue de la fabrication d’un générique du Viagra. La Cour fédérale a interdit au Ministre de délivrer l’avis de conformité, et la Cour d’appel fédérale a rejeté l’appel formé contre cette décision.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

La demande de brevet ne satisfaisait pas aux exigences de divulgation prévues par la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4 (« Loi »). Le régime des brevets a pour assise un « marché » : l’inventeur obtient, pour une période déterminée, un monopole sur une invention nouvelle et utile en contrepartie de la divulgation de l’invention de façon à en faire bénéficier la société. La notion de divulgation suffisante constitue le pivot du régime des brevets, de sorte que la divulgation adéquate de l’invention dans le mémoire descriptif est une condition préalable à la délivrance du brevet.

Bien que l’art. 58 de la Loi autorise le tribunal à considérer la revendication valide séparément de celle qui ne l’est pas et que la revendication valide le demeure malgré l’invalidation d’une ou de plusieurs autres revendications, l’art. 58 n’entre en jeu qu’après l’analyse portant sur la validité. Il ne permet pas l’examen de la validité d’une revendication en particulier sans égard aux autres éléments du mémoire descriptif, même lorsqu’il s’agit de la seule revendication valide. Les tribunaux inférieurs opinent qu’à chacune des revendications du brevet correspond une invention distincte. Ils appliquent donc les exigences de divulgation à chacune des revendications individuelles, et non au mémoire descriptif dans son ensemble. C’est confondre le principe voulant que la revendication définisse la portée du monopole recherché et celui selon lequel la teneur du mémoire descriptif permet de déterminer si les exigences de divulgation sont remplies. La Loi commande l’examen du mémoire descriptif dans son ensemble, lequel est constitué des revendications et de la divulgation, du point de vue de la personne versée dans l’art, pour déterminer si le brevet satisfait aux exigences de divulgation. Ce n’est que lorsqu’il

the consideration of the disclosure requirements be limited to a single claim.

In this case, the disclosure in the specification would not have enabled the public “to make the same successful use of the invention as the inventor could at the time of his application” because it does not indicate that sildenafil is the effective compound. Considering the specification as a whole, the use of sildenafil and the other compounds for the treatment of ED comprise one inventive concept. Even though a skilled reader will know that, when a patent contains cascading claims, the useful claim will usually be at the end concerning an individual compound, the claims in the patent ended with two individually claimed compounds. There was no basis for a skilled person to determine which of Claim 6 and Claim 7 contained the useful compound, further testing would have been required to determine which of those two compounds was actually effective in treating ED.

Although s. 27 does not specify a remedy for insufficient disclosure, the *quid pro quo* underpinning the Act leads to the conclusion that deeming the patent invalid is the logical consequence of a failure to properly disclose the invention and how it works. If there is no *quid* — proper disclosure — then there can be no *quo* — exclusive monopoly rights. Even if s. 53 was not raised and its requirements were not met, this does not mean that the disclosure was adequate for the purposes of s. 27(3). These provisions can be independent of each other.

There is no question that sildenafil’s utility had been demonstrated as of the time of filing of the patent application. This takes the invention out of the realm of sound prediction. As to the delay of 13 years between the filing of the patent and the challenge, the relevant question is whether the disclosure was sufficient as of the date of filing, so the delay is inconsequential.

### Cases Cited

**Disapproved in part:** *Merck & Co. v. Apotex Inc.*, 2006 FC 524, 53 C.P.R. (4th) 1, aff’d 2006 FCA 323, [2007] 3 F.C.R. 588; **distinguished:** *Eli Lilly Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2008 FC 142, 63 C.P.R. (4th) 406, aff’d 2009 FCA 97, 78 C.P.R. (4th) 388; **referred to:** *C. H. Boehringer Sohn v. Bell-Craig Ltd.*, [1962]

appert du mémoire descriptif considéré globalement que chacune des revendications de la demande de brevet vise une invention distincte que l’on peut se prononcer sur le respect des exigences de divulgation à l’égard d’une seule revendication.

En l’espèce, le public ne pouvait, à partir de sa divulgation dans le mémoire descriptif, « utiliser l’invention avec le même succès que l’inventeur, à l’époque de la demande », car il n’y est pas indiqué que le sildénafil constitue le composé efficace. Au vu de l’ensemble du mémoire descriptif, l’utilisation du sildénafil et des autres composés pour traiter la DÉ forme une seule idée originale. Même si le lecteur versé dans l’art sait que, dans un brevet renfermant des revendications en cascade, c’est habituellement le composé individuel revendiqué en dernier qui constitue le composé utile, en l’espèce, le mémoire descriptif prend fin par la revendication de deux composés individuels. Rien ne permettait à une personne versée dans l’art de savoir à laquelle des revendications 6 et 7 correspondait le composé utile, et des essais supplémentaires s’imposaient pour déterminer lequel des deux composés était de fait efficace dans le traitement de la DÉ.

L’article 27 ne prévoit pas de réparation en cas de divulgation insuffisante, mais le caractère synallagmatique du marché qui intervient sous le régime de la Loi fait en sorte que l’omission de divulguer convenablement l’invention et son fonctionnement emporte logiquement l’invalidité réputée du brevet. Faute de l’une des deux contreparties (*quid*) — la divulgation suffisante —, l’autre (*quo*) — le monopole — ne saurait exister. Même si l’art. 53 n’a pas été invoqué et que la preuve qui y est exigée n’a pas été offerte, la divulgation n’est pas pour autant conforme au par. 27(3). Ces dispositions peuvent s’appliquer indépendamment l’une de l’autre.

Il ne fait aucun doute que l’utilité du sildénafil avait été démontrée au moment du dépôt de la demande de brevet, ce qui soustrait l’invention à l’application de l’exigence de prédiction valable. Quant aux 13 années écoulées entre le dépôt de la demande de brevet et la contestation, ce délai ne porte pas à conséquence puisque la bonne question à se poser est celle de savoir si la divulgation était suffisante à la date du dépôt.

### Jurisprudence

**Arrêt critiqué en partie :** *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, 2006 CF 524, 53 C.P.R. (4th) 1, conf. par 2006 CAF 323, [2007] 3 R.C.F. 588; **distinction d’avec l’arrêt :** *Eli Lilly Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2008 CF 142, 63 C.P.R. (4th) 406, conf. par 2009 CAF 97, 78 C.P.R. (4th) 388; **arrêts mentionnés :** *C. H. Boehringer Sohn c.*

Ex. C.R. 201, aff'd [1963] S.C.R. 410; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2008 FCA 108, [2009] 1 F.C.R. 253; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504; *Minerals Separation North American Corp. v. Noranda Mines, Ltd.*, [1947] Ex. C.R. 306; *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 SCC 77, [2002] 4 S.C.R. 153; *Tubes, Ld. v. Perfecta Seamless Steel Tube Company, Ld.* (1902), 20 R.P.C. 77; *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067; *Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623; *Hoechst Pharmaceuticals of Canada Ltd. v. Gilbert & Co.*, [1965] 1 Ex. C.R. 710, aff'd [1966] S.C.R. 189.

### Statutes and Regulations Cited

*Intellectual Property Law Improvement Act*, S.C. 1993, c. 15, s. 29(1).  
*Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 2, “invention”, 27, 36, 53, 58.

### International Treaties

*Patent Cooperation Treaty*, Can. T.S. 1990, No. 22.

### Authors Cited

Hughes, Roger T., and Dino P. Clarizio. *Hughes & Woodley on Patents*, vol. 1, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated April 2012, release 30).  
 Perry, Stephen J., and T. Andrew Currier, with contributions by Damian Kraemer. *Canadian Patent Law*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Blais C.J. and Nadon and Trudel J.J.A.), 2010 FCA 242, [2012] 2 F.C.R. 69, 408 N.R. 166, 88 C.P.R. (4th) 405, [2010] F.C.J. No. 1200 (QL), 2010 CarswellNat 3445, affirming a decision of Kelen J., 2009 FC 638, 76 C.P.R. (4th) 83, 352 F.T.R. 35, [2009] F.C.J. No. 688 (QL), 2009 CarswellNat 1766. Appeal allowed.

*David W. Aitken, Marcus Klee and Ildiko Mehes*, for the appellant.

*Andrew Shaughnessy, Andrew Bernstein and Yael Bienenstock*, for the respondents Pfizer Canada Inc., Pfizer Inc., Pfizer Ireland Pharmaceuticals

*Bell-Craig Ltd.*, [1962] R.C. de l'É. 201, conf. par [1963] R.C.S. 410; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2008 CAF 108, [2009] 1 R.C.F. 253; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504; *Minerals Separation North American Corp. c. Noranda Mines, Ltd.*, [1947] R.C. de l'É. 306; *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153; *Tubes, Ld. c. Perfecta Seamless Steel Tube Company, Ld.* (1902), 20 R.P.C. 77; *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067; *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623; *Hoechst Pharmaceuticals of Canada Ltd. c. Gilbert & Co.*, [1965] 1 R.C. de l'É. 710, conf. par [1966] R.C.S. 189.

### Lois et règlements cités

*Loi d'actualisation du droit de la propriété intellectuelle*, L.C. 1993, ch. 15, art. 29(1).  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 2, « invention », 27, 36, 53, 58.

### Traité internationaux

*Traité de coopération en matière de brevets*, R.T. Can. 1990, n° 22.

### Doctrine et autres documents cités

Hughes, Roger T., and Dino P. Clarizio. *Hughes & Woodley on Patents*, vol. 1, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated April 2012, release 30).  
 Perry, Stephen J., and T. Andrew Currier, with contributions by Damian Kraemer. *Canadian Patent Law*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Nadon et Trudel), 2010 CAF 242, [2012] 2 R.C.F. 69, 408 N.R. 166, 88 C.P.R. (4th) 405, [2010] A.C.F. n° 1200 (QL), 2010 CarswellNat 5725, qui a confirmé une décision du juge Kelen, 2009 CF 638, 76 C.P.R. (4th) 83, 352 F.T.R. 35, [2009] A.C.F. n° 688 (QL), 2009 CarswellNat 5279. Pourvoi accueilli.

*David W. Aitken, Marcus Klee et Ildiko Mehes*, pour l'appelante.

*Andrew Shaughnessy, Andrew Bernstein et Yael Bienenstock*, pour les intimées Pfizer Canada Inc., Pfizer Inc., Pfizer Ireland Pharmaceuticals

and Pfizer Research and Development Company N.V./S.A.

*Jonathan Stainsby and Andrew Skodyn*, for the interveners the Canadian Generic Pharmaceutical Association.

*Patrick S. Smith and Jane E. Clark*, for the interveners Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies.

No one appeared for the respondent the Minister of Health.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

### I. Introduction

[1] This appeal involves a challenge to the validity of the patent of the Pfizer respondents (“Pfizer”) for Viagra, a drug currently on the market for treating erectile dysfunction (“ED”). On August 24, 2007, Pfizer brought an application before the Federal Court under s. 55.2(4) of the *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, and under s. 6(1) of the *Patent Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (“*Regulations*”), for an order prohibiting the Minister of Health from issuing Teva a Notice of Compliance (“NOC”) for its generic version of Viagra. The appellant, Teva Canada Limited (“Teva”), claims that Pfizer’s patent application did not meet the disclosure requirements set out in the *Patent Act* (the “Act”). Pfizer, on the other hand, submits that it complied fully with those requirements.

[2] The main issue in this appeal is whether Pfizer failed to properly disclose its invention when it obtained the patent for Viagra. For the reasons that follow, I conclude that Pfizer’s patent application did not satisfy the disclosure requirements provided for in s. 27(3) of the Act. I would accordingly allow the appeal.

et Pfizer Research and Development Company N.V./S.A.

*Jonathan Stainsby et Andrew Skodyn*, pour l’intervenante l’Association canadienne du médicament générique.

*Patrick S. Smith et Jane E. Clark*, pour l’intervenante Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada.

Personne n’a comparu pour l’intimé le ministre de la Santé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

### I. Introduction

[1] Le présent pourvoi fait suite à la contestation de la validité du brevet que détiennent les intimées Pfizer (« Pfizer ») sur le Viagra, un médicament actuellement offert sur le marché pour le traitement de la dysfonction érectile (la « DÉ »). Le 24 août 2007, Pfizer a présenté une demande à la Cour fédérale en application du par. 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4, et du par. 6(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (« *Règlement* »), pour que soit prononcée une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Teva pour sa version générique du Viagra. Selon l’appelante, Teva Canada Limited (« Teva »), la demande que Pfizer a présentée pour la délivrance du brevet ne satisfaisait pas aux exigences de divulgation de la *Loi sur les brevets* (la « Loi »). Pfizer soutient pour sa part avoir respecté toutes les exigences de la Loi en cette matière.

[2] La principale question à trancher en l’espèce est celle de savoir si Pfizer a omis ou non de divulguer l’invention comme elle l’aurait dû pour obtenir le brevet du Viagra. Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que la demande de brevet de Pfizer ne satisfaisait pas aux exigences de divulgation prévues au par. 27(3) de la Loi. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi.

## II. Facts

[3] In 1994, Pfizer applied for a patent for a range of compounds it claimed to be effective for the treatment of ED by oral administration. Pfizer received Patent 2,163,446 (“Patent ’446”) on July 7, 1998. This patent expires in 2014.

[4] The specification for Patent ’446 explains that the invention concerns the use of a “compound of formula (I)” or a “salt thereof” as a medicament for the treatment of ED. The specification ends with a number of claims. Claim 1 sets out formula (I), which produces 260 quintillion possible compounds. Claims 2 to 5 are for successively smaller ranges of compounds of formula (I), with Claim 5 being narrowed down to a range of nine compounds. Claims 6 and 7 relate to a single compound each. Claim 7 relates to sildenafil, the active compound in Viagra.

[5] At the time of Pfizer’s patent application, Pfizer had conducted tests that demonstrated that sildenafil was effective in treating ED. None of the other compounds in Patent ’446 had been shown to be effective in doing so. Although Patent ’446 includes the statement that “one of the especially preferred compounds induces penile erection in impotent males”, neither the disclosure — the descriptive portion of the patent application — nor the claims specify that sildenafil is the compound that works (A.R., vol. X, at p. 173). Nowhere in the patent application is it disclosed that the compound that works is found in Claim 7 or that the remaining compounds in the patent had not been found to be effective in treating ED.

[6] Novopharm Limited, now Teva Pharmaceutical Industries, applied for a notice of compliance in order to produce a generic version of Viagra, alleging that Pfizer’s patent was invalid for obviousness, lack of utility and insufficient disclosure. A Federal Court judge found that the invention was not obvious, that it was useful and that the patent did not fail to adequately disclose it. He prohibited the Minister from issuing the requested

## II. Les faits

[3] En 1994, Pfizer a demandé la délivrance d’un brevet pour une foule de composés dont elle revendiquait l’efficacité dans le traitement par voie orale de la DÉ. Le 7 juillet 1998, elle a obtenu le brevet 2 163 446 (« brevet 446 »), qui expire en 2014.

[4] Suivant le mémoire descriptif du brevet 446, l’invention vise l’utilisation d’un [TRADUCTION] « composé de la formule (I) » ou d’un « sel de ce composé » comme médicament pour le traitement de la DÉ. Un certain nombre de revendications figurent à la fin du mémoire descriptif : la revendication 1 énonce la formule (I), qui peut produire 260 trillions de composés; les revendications 2 à 5 font successivement état de nombres plus restreints de composés dérivés de la formule I, la cinquième n’en comprenant que neuf; les revendications 6 et 7 renvoient chacune à un seul composé. Le composé visé par la revendication 7 correspond au sildénafil, l’élément actif du Viagra.

[5] Au moment du dépôt de sa demande de brevet, Pfizer avait effectué des essais cliniques démontrant l’efficacité du sildénafil dans le traitement de la DÉ. Pareille efficacité n’avait été démontrée pour aucun autre composé du brevet 446. Malgré la déclaration du brevet selon laquelle [TRADUCTION] « un des composés particulièrement privilégiés cause une érection pénienne chez des hommes impuissants », ni la divulgation — la partie descriptive de la demande de brevet — ni les revendications ne précisent que le sildénafil constitue le composé efficace (d.a., vol. X, p. 173). La demande de brevet ne mentionne pas que le composé qui fonctionne est celui visé par la revendication 7 ou que les autres composés ne se sont pas révélés efficaces pour contrer la DÉ.

[6] Novopharm Limited (devenue Teva Pharmaceutical Industries) a demandé un avis de conformité afin de produire une version générique du Viagra. Elle a invoqué l’invalidité du brevet de Pfizer en raison du caractère évident, de l’absence d’utilité et de la divulgation insuffisante de l’invention. Un juge de la Cour fédérale a rejeté l’allégation d’évidence, puis conclu que le brevet était utile et qu’il y avait eu une divulgation suffisante de



notice of compliance (2009 FC 638, 76 C.P.R. (4th) 83). On appeal, Teva dropped its argument regarding obviousness. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal (2010 FCA 242, [2012] 2 F.C.R. 69). Teva now appeals to this Court.

### III. Judicial History

#### A. *Federal Court (Kelen J.)*

[7] Kelen J. began his analysis by reviewing the jurisprudence on the construction of patents. In his view, the jurisprudence establishes that if a patent contains many claims, the court will consider the claim that is relevant to the issues. He considered it important for the disposition of the case that the Exchequer Court of Canada had found in *C. H. Boehringer Sohn v. Bell-Craig Ltd.*, [1962] Ex. C.R. 201, aff'd [1963] S.C.R. 410 ("*Boehringer*"), that an individually claimed substance is a separate invention. Because sildenafil is specifically claimed and described in Claim 7 of Patent '446, Kelen J. concluded that it should be considered separately.

[8] Kelen J. found that the use of sildenafil as a treatment for ED was not obvious. He dismissed Novopharm's argument on this issue and also held that, as required, the utility of sildenafil had been demonstrated by the Canadian filing date.

[9] As to Novopharm's argument that the disclosure contained inoperative compounds, Kelen J. noted that under s. 58 of the Act, invalid claims do not affect valid claims. Therefore, the invalidity of Claims 1 to 6 — because they contain inoperative compounds — did not affect the validity of Claim 7, nor did it alter Kelen J.'s conclusion regarding the utility of sildenafil for treating ED.

[10] The final question — and the one most relevant to the appeal — was whether the disclosure in Patent '446 was adequate and met the requirements of s. 27(3) of the Act. Kelen J. endorsed the view

l'invention. En conséquence, il a interdit au ministre de délivrer l'avis de conformité demandé (2009 CF 638, 76 C.P.R. (4th) 83). Devant la Cour d'appel fédérale, Teva a abandonné le moyen relatif au caractère évident de l'invention; elle a néanmoins été déboutée (2010 CAF 242, [2012] 2 R.C.F. 69). Elle se pourvoit aujourd'hui devant nous.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour fédérale (le juge Kelen)*

[7] Le juge Kelen entreprend son analyse par l'examen de la jurisprudence relative à l'interprétation des brevets. Il en conclut que lorsque les revendications sont multiples, le tribunal considère la revendication qui intéresse les questions en litige. La conclusion de la Cour de l'Échiquier dans *C. H. Boehringer Sohn c. Bell-Craig Ltd.*, [1962] R.C. de l'É. 201, conf. par [1963] R.C.S. 410 (« *Boehringer* »), selon laquelle une substance faisant l'objet d'une revendication distincte constitue une invention séparée, lui paraît déterminante quant à l'issue de l'instance. Parce que la revendication 7 du brevet 446 revendique et décrit expressément le sildénafil, il est d'avis qu'elle doit être examinée séparément.

[8] Le juge Kelen conclut que l'utilisation du sildénafil pour le traitement de la DÉ ne relève pas de l'évidence. De plus, rejetant la thèse de Novopharm sur ce point, il statue que l'utilité du sildénafil a été dûment démontrée avant le dépôt au Canada.

[9] Ensuite, au sujet de la prétention de Novopharm selon laquelle la divulgation vise des composés inopérants, il opine que, suivant l'art. 58 de la Loi, l'invalidité d'une revendication est sans effet sur une revendication valide. En conséquence, l'invalidité des revendications 1 à 6 — qui renvoient à des composés inopérants — n'emporte pas celle de la revendication 7, ni ne modifie la conclusion du juge concernant l'utilité du sildénafil dans le traitement de la DÉ.

[10] La dernière question — la plus importante en l'espèce — touche le caractère suffisant de la divulgation de l'invention dans le brevet 446 et le respect des exigences du par. 27(3) de la Loi. Le

that sufficiency of disclosure lies at the heart of the entire patent system. At para. 105, he quoted Nadon J.A. in *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2008 FCA 108, [2009] 1 F.C.R. 253, who had written that a patent applicant had to “disclose everything that is essential for the invention to function properly”: the applicant must both “describe the invention and define the way it is produced or built”. However, he also pointed out that Nadon J.A., who was relying on *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504 (“*Consolboard*”), had held that the patent need answer only two questions to meet the sufficiency requirement for the purposes of s. 27(3): “What is the invention?” and “How does it work?” Kelen J. noted that Nadon J.A. had stated at para. 59 that “if the patent specification (disclosure and claims) answers these questions, the inventor has held his part of the bargain” (para. 103).

[11] The trial judge considered Viagra to be a meritorious invention. Relying on *Hughes & Woodley on Patents* (2nd ed. (loose-leaf), vol. 1, at p. 333 (now p. 347)), he concluded that, “while an allegation of insufficiency normally does not operate to defeat a patent for a meritorious invention, an insufficiency attack will succeed where a person skilled in the art could not put the invention into practice” (para. 106). He went on to observe that the language in the patent “cannot obfuscate, obscure or bewilder the skilled reader of the patent”, and must be “free from avoidable obscurity or ambiguity and be as simple and distinct as the difficulty of the description permits” (para. 107; see also *Minerals Separation North America Corp. v. Noranda Mines, Ltd.*, [1947] Ex. C.R. 306, at p. 102). He continued:

The description must not be misleading or calculated to deceive or render it difficult for the skilled reader, without trial and experimentation, to comprehend what the invention is. The description must give all the information necessary for the successful use of the invention without leaving such result to the chance of successful experiment. The

juge Kelen se range à l’avis que la divulgation suffisante de l’invention constitue le pivot de tout le régime des brevets. À ce propos, au par. 105, il cite un passage des motifs du juge Nadon dans *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2008 CAF 108, [2009] 1 R.C.F. 253, selon lequel celui qui demande un brevet doit « divulguer tout ce qui est essentiel au bon fonctionnement de l’invention[, et] l’invention doit y être décrite et la façon de la produire ou de la construire définie ». Il signale toutefois que le juge Nadon, se reportant à l’arrêt *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504 (« *Consolboard* »), statue par ailleurs qu’il suffit que le brevet réponde à deux questions pour que la divulgation satisfasse aux exigences du par. 27(3) : « En quoi consiste votre invention? » et « Comment fonctionne-t-elle? » Le juge Kelen relève en outre les propos suivants du juge Nadon (par. 59) : « [s]i le mémoire descriptif du brevet (divulgation et revendications) répond à ces questions, l’inventeur a respecté son engagement » (par. 103).

[11] Le juge de première instance voit dans le Viagra une invention méritoire et il conclut, sur le fondement de *Hughes & Woodley on Patents* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles), vol. 1, p. 333 (maintenant à la p. 347)), que « bien qu’une allégation d’insuffisance ne doive pas normalement servir à repousser un brevet pour une invention méritoire, une telle attaque sera couronnée de succès lorsqu’une personne versée dans l’art ne pourrait mettre en pratique l’invention » (par. 106). Il poursuit en faisant observer que le libellé du brevet « ne doit pas être obscur, embrouillé ou déroutant pour le lecteur averti » et qu’il « doit être dénué de toute obscurité ou ambiguïté évitable et être aussi simple et aussi distinctif que le permet la difficulté de la description » (par. 107; voir aussi *Minerals Separation North America Corp. c. Noranda Mines, Ltd.*, [1947] R.C. de l’É. 306, p. 102). Il ajoute :

Elle [la description] ne doit pas comporter de déclarations erronées ou fallacieuses destinées à tromper ou induire en erreur les personnes auxquelles elle est destinée, et ne pas rendre difficile à ces personnes, sans essai et expérimentation, la compréhension du mode d’application de l’invention. La description doit aussi fournir tous les renseignements nécessaires pour le bon

inventor must provide all of the information in good faith. [para. 107]

[12] Kelen J. stated that a specification must be construed through the eyes of a person skilled in the art with a view to determining whether it is sufficient to enable such a person to understand and make the invention as of the date the patent was laid open to the public. Each claim must be considered separately in relation to the disclosure.

[13] Turning to the facts of the case before him, Kelen J. found that Patent '446 did not disclose that sildenafil (Claim 7) was the only claimed compound that Pfizer had found in the patient studies to induce penile erection in impotent males. Nor did it disclose that sildenafil was the only active compound in the invention sold commercially under the trade name Viagra. He characterized the other six claims as “red herrings”, since they concerned compounds that had been found not to work for treating ED (para. 118). However, Kelen J. observed that Patent '446 did claim the use of sildenafil in Claim 7.

[14] According to Kelen J., the evidence from the experts of both Novopharm and Pfizer indicated that a person reading the disclosure would not know that sildenafil was the tested compound, nor would the person know how the “especially preferred” compounds were selected or how to choose between the extremely large number of compounds in Claim 1. In light of the expert evidence, Kelen J. noted that one of the experts was concerned that the “concealment of the identity of the compound tested is nothing short of astounding”, and that such an action prevents effective peer review and is poorly viewed in the scientific community” (para. 126).

[15] In construing the specification, Kelen J. mentioned that Novopharm had submitted that Patent '446 did not sufficiently describe the invention because a skilled reader would not be able to determine which of the compounds embodied the invention. However, he also observed that each of the claims represented a separate monopoly and

fonctionnement ou la bonne utilisation de l'invention, sans que ce résultat soit laissé au hasard d'une expérience réussie. L'inventeur doit fournir tous les renseignements de bonne foi. [par. 107]

[12] Pour le juge Kelen, le mémoire descriptif doit être interprété du point de vue de la personne versée dans l'art afin de déterminer s'il permet à une telle personne de comprendre l'invention et de la reproduire au moment où le brevet est rendu public. Chacune des revendications doit être examinée séparément par rapport à la divulgation.

[13] Au vu des faits de l'espèce, le juge Kelen conclut que le brevet 446 omet de dévoiler que le composé visé par la revendication 7 — le sildénafil — est le seul composé revendiqué qui, selon les études cliniques de Pfizer, induit une érection pénienne chez un homme impuissant et que le sildénafil est le seul composé actif de l'invention commercialisée sous la marque Viagra. Les six autres revendications représentent à son avis de « fausses pistes » en ce qu'elles visent des composés qui se sont révélés inefficaces pour traiter la DÉ (par. 118). Le juge relève toutefois que la revendication 7 du brevet 446 vise bel et bien l'utilisation du sildénafil.

[14] Selon le juge Kelen, il appert du témoignage des experts de Novopharm comme de ceux de Pfizer que la personne qui prend connaissance de la divulgation ne peut savoir que le sildénafil correspond au composé mis à l'essai, pas plus qu'elle n'apprend comment les composés « particulièrement privilégiés » ont été sélectionnés ou lequel des composés extrêmement nombreux visés par la revendication 1 est le bon. Il signale d'ailleurs que l'un des experts s'inquiète du fait que la « dissimulation de l'identité du composé testé est tout à fait stupéfiante”, [qu'elle] empêche la réalisation d'un examen efficace par les pairs et [qu'elle] n'est pas bien considérée dans la communauté scientifique » (par. 126).

[15] Pour interpréter le mémoire descriptif, le juge Kelen renvoie à l'allégation de Novopharm selon laquelle le brevet 446 n'expose pas suffisamment l'invention, car le lecteur versé dans l'art ne pourrait déterminer dans lequel des composés réside l'invention. Cependant, il ajoute que chacune des revendications confère un monopole distinct

that each claim had to be viewed separately in relation to the disclosure. He acknowledged that he was unaware of any authority in which a court had considered the issue of sufficiency with respect to a patent that contained many claims but did not disclose the claim that actually described the invention found to be the commercial product.

[16] But, in Kelen J.'s view, the timing of the objection to Patent '446 was a relevant consideration. He made the following observation, at para. 133:

The importance and value of this patent should not be invalidated by such an objection 13 years after the patent was laid open for public inspection because it was allegedly not clear to the notional skilled reader that sildenafil was the active compound which made the invention work. The credibility of this allegation is undermined since it has only been raised in 2007, 13 years after the patent was laid open for public inspection.

[17] In *obiter*, however, he expressed discomfort with the existing jurisprudence, which condones a patent description by way of cascading claims for groups of compounds that requires the skilled reader to undertake a minor research project in order to determine which of the claims describes the true invention. He felt that a disclosure such as this “plays games with the reader”:

Why did the disclosure not simply state that [the] compound in Claim 7 was sildenafil? The patent plays “hide and seek” with the reader. The reader is expected to look for the “needle in the haystack”, or “the tree in the forest”. Remember, Claim 1 is for a range of compounds which includes 260 quintillion compounds. [para. 135]

[18] Having raised these concerns, he went on to say that there was “comfort” in the fact that the disclosure stated that “one of the especially preferred compounds induces penile erection in impotent males” and then specified nine “especially preferred” compounds, only two of which were individually claimed — those in Claims 6 and 7. He was also comforted by the testimony of one of the expert witnesses to the effect that a skilled reader

et doit être considérée séparément par rapport à la divulgation. Il reconnaît ignorer l'existence de toute décision judiciaire sur le caractère suffisant d'une divulgation lorsqu'un brevet comporte de multiples revendications sans préciser laquelle correspond en fait à l'invention dont est issu le produit commercial en cause.

[16] Le juge Kelen tient cependant pour une considération pertinente le moment auquel le brevet 446 a été contesté. Il fait l'observation suivante au par. 133 :

On ne devrait pas nier l'importance et la valeur du présent brevet en accueillant une telle [contestation] treize ans après que le brevet a été rendu public [. . .] parce qu'il n'a pas été exprimé assez clairement pour l'hypothétique lecteur versé dans l'art que le sildénafil est le composé actif qui permet de réaliser l'invention. La crédibilité de cette allégation est affaiblie en raison du fait qu'elle n'a été soulevée qu'en 2007, soit treize ans après que le brevet a été rendu public . . .

[17] Dans une remarque incidente, il exprime cependant des réserves à l'égard de la jurisprudence existante, suivant laquelle la description d'un brevet peut revêtir la forme d'une cascade de revendications de groupes de composés. Ce mode de rédaction oblige le lecteur versé dans l'art à effectuer un minimum de recherche pour déterminer à quelle revendication correspond la véritable invention. Selon lui, recourir à ce type de divulgation c'est « jouer au plus fin » avec le lecteur :

Pourquoi n'a-t-on pas simplement indiqué que le composé dans la revendication 7 était le sildénafil? Le brevet joue « à la cachette » avec le lecteur. On s'attend à ce que le lecteur trouve « l'aiguille dans la botte de foin » ou « l'arbre dans la forêt ». Il faut se rappeler que la revendication 1 concerne une gamme de composés au nombre de 260 trillions. [par. 135]

[18] Malgré ces réserves, le juge Kelen trouve heureux que le brevet précise au moins qu'« un des composés particulièrement privilégiés provoque une érection pénienne chez des hommes impuissants », puis décrive neuf de ces composés « particulièrement privilégiés », dont seulement deux sont revendiqués individuellement — ceux visés aux revendications 6 et 7. Il est également conforté dans son opinion par le témoignage de l'un des experts,

would know that the compound which worked must be one of those two compounds, and would test only them.

[19] Kelen J. held that Pfizer had established the validity of Patent '446, since it had shown on a balance of probabilities that the allegations of invalidity for obviousness, lack of utility and insufficiency of disclosure were unjustified. He prohibited the Minister of Health from issuing a notice of compliance to Novopharm until after the patent expired. However, he indicated that he would “welcome judicial correction on appeal” if he was wrong in reading or following the case law that indicated that Claim 7 was a separate monopoly (para. 148).

*B. Federal Court of Appeal (Blais C.J., and Nadon and Trudel JJ.A.)*

[20] Nadon J.A., writing for the Federal Court of Appeal, began its analysis by addressing the issue of the relevant invention. He found that Kelen J. had not erred in finding that the invention was contained in Claim 7 and that the disclosure requirements related to that claim.

[21] Nadon J.A. considered *Boehringer*, which had been followed, albeit reluctantly, in *Merck & Co. v. Apotex Inc.*, 2006 FC 524, 53 C.P.R. (4th) 1, aff'd 2006 FCA 323, [2007] 3 F.C.R. 588 (“*Apotex ACE*”). On the basis of *Apotex ACE*, he affirmed the applications judge’s conclusion that Claim 7 was correctly seen as describing a single compound — sildenafil — from the class of compounds of formula (I) for the treatment of ED. Utility and disclosure had to be determined on that basis.

[22] Nadon J.A. then turned to the other issues before him. Novopharm was arguing that the invention had not been disclosed sufficiently in the specification: the patent claimed 260 quintillion compounds, and although attention was drawn to two of the compounds, further testing would be required in order to determine which of these two compounds was the invention. Nadon J.A. held that a clear description is not necessarily the same as sufficient disclosure, but that these two requirements

d’après qui un lecteur versé dans l’art saurait que le composé fonctionnel est l’un des deux et ne soumettrait à des essais que ces deux composés.

[19] En conclusion, le juge Kelen statue que Pfizer a établi la validité du brevet 446, puisqu’elle a démontré, suivant la prépondérance des probabilités, que les allégations d’invalidité pour cause d’évidence, d’absence d’utilité et de divulgation insuffisante ne sont pas fondées. Il interdit au ministre de la Santé de délivrer à Novopharm un avis de conformité avant l’expiration du brevet. Cependant, il « invite la juridiction d’appel [à le] corriger » s’il interprète mal ou suit à tort la jurisprudence en concluant que la revendication 7 confère un monopole distinct (par. 148).

*B. Cour d’appel fédérale (le juge en chef Blais, et les juges Nadon et Trudel)*

[20] Se prononçant au nom de la Cour d’appel fédérale, le juge Nadon entreprend son analyse en se penchant sur la question de l’invention en cause. Il estime que le juge Kelen n’a pas tort de conclure que l’invention se trouve à la revendication 7 et que les exigences de divulgation s’appliquent à celle-ci.

[21] Il se reporte ensuite à la décision *Boehringer*, appliquée à contrecœur dans *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, 2006 CF 524, 53 C.P.R. (4th) 1, conf. par 2006 CAF 323, [2007] 3 R.C.F. 588 (« *Apotex ACE* »). Prenant appui sur *Apotex ACE*, il confirme la conclusion du juge des requêtes selon laquelle on considère à juste titre que la revendication 7 ne vise qu’un composé — le sildénafil — parmi les composés obtenus grâce à la formule (I) servant au traitement de la DÉ. L’utilité et la divulgation doivent s’apprécier sur ce fondement.

[22] Le juge Nadon passe ensuite aux autres questions visées par l’appel. Novopharm soutenait que le mémoire descriptif ne divulgue pas suffisamment l’invention : 260 trillions de composés sont revendiqués et, même si le mémoire attire l’attention sur deux d’entre eux, des essais sont nécessaires pour savoir lequel des deux correspond à l’invention. Le juge statue qu’une description claire n’équivaut pas nécessairement à une divulgation suffisante mais que, en l’espèce, les deux caractéristiques sont

were identical in this case: Claim 7 described the invention, and as it clearly stated the formula for sildenafil, it met both requirements. The judge was required to find, not that Patent '446 as a whole was clear, but that it clearly revealed the invention disclosed by Claim 7. Nadon J.A. found that Kelen J. had not erred in finding that it did so.

[23] Nadon J.A. also considered whether there was sufficient disclosure of the invention contained in Claim 7. He concluded that the judge was correct in finding that the disclosure was sufficient. He reiterated that the invention was the compound disclosed in Claim 7, not the patent as a whole. He agreed with Kelen J. that, even if Patent '446 was taken as a whole, a skilled reader would be able to narrow the range of compounds down to the two “especially preferred compounds” listed separately in Claims 6 and 7. A skilled reader would then conduct tests on those two compounds and determine which of them worked. Claim 7 disclosed the effective compound and described it sufficiently and clearly. According to Nadon J.A., the judge had turned his mind to the relevant expert evidence and had reached a conclusion open to him on that evidence.

[24] As to Kelen J.'s comments about the time that had elapsed before the patent was challenged, Nadon J.A. noted that the relevant question was whether the disclosure was sufficient as of the date of filing — “anything which occurred subsequent thereto is of no relevance” (para. 79). The comments on timing were made after the finding of sufficiency and, although “misguided”, did not form the basis of a reviewable error (para. 79).

[25] Nadon J.A. then turned to the second question raised by Teva: whether Pfizer was required to demonstrate utility in the patent disclosure. Nadon J.A. agreed that there is no requirement that the utility of a patent be demonstrated in the patent disclosure so long as the trier of fact can find that its utility has been proven when the patent is challenged.

présentes : la revendication 7 décrit l'invention et, comme elle expose clairement la formule du sildénafil, elle satisfait aux deux exigences. Le juge n'est pas tenu de conclure que le brevet 446 lui-même est clair; il lui suffit de conclure qu'il expose clairement l'invention divulguée par la revendication 7. Le juge Nadon décide alors que le juge Kelen n'a pas tort de conclure que tel est le cas.

[23] La juge Nadon se demande également si, à la revendication 7, la divulgation de l'invention est suffisante. Il estime que le juge a eu raison de répondre par l'affirmative. Il rappelle que l'invention s'entend de la revendication 7 et du composé qui y est exposé, et non du brevet dans son ensemble. Il convient avec le juge Kelen que, même si le brevet 446 est considéré comme un tout, on peut conclure que le lecteur versé dans l'art est capable de ne retenir que les deux « composés particulièrement privilégiés » exposés séparément aux revendications 6 et 7 parmi tous les composés énumérés, et de les soumettre ensuite à des essais pour déterminer lequel des deux fonctionne. La revendication 7 divulgue le composé efficace et le décrit suffisamment et clairement. Selon le juge Nadon, le juge de première instance tient compte de la preuve d'expert sur ce point et parvient à une conclusion que cette preuve lui permet de tirer.

[24] Pour ce qui est des observations du juge Kelen sur le temps écoulé avant la contestation du brevet, le juge Nadon relève que la question importante est celle du caractère suffisant ou non de la divulgation à la date du dépôt et que « tout ce qui a pu se produire par la suite ne tire pas à conséquence » (par. 79). Le juge Kelen formulant ces remarques après avoir conclu au caractère suffisant de la divulgation, le juge Nadon estime que, même si elles sont « malavisées », elles ne constituent pas une erreur susceptible de révision (par. 79).

[25] Au sujet de la deuxième prétention de Teva — Pfizer avait l'obligation de démontrer l'utilité dans la divulgation —, le juge Nadon convient qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'utilité du brevet dans l'exposé de l'invention dès lors que le juge des faits peut, lors d'une contestation, constater que cette utilité a été démontrée. Il suffit que l'inventeur

He stated that an inventor must describe the invention so that it can be produced, but is not obliged to describe its effect, advantage or usefulness. In so holding, Nadon J.A. noted that this Court's most recent decision on utility did not mention a requirement to prove utility in the disclosure: *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 SCC 77, [2002] 4 S.C.R. 153 ("AZT").

[26] The final question was whether a study conducted by Pfizer known as Study 350 actually disclosed sildenafil's utility. Nadon J.A. noted that Kelen J. had found that this study revealed a "significant improvement" in treating ED. He had also correctly stated that the test for utility was whether the invention did what was promised. Nadon J.A. held that the level of proof need not reach the level required for regulatory approval. He therefore dismissed the appeal.

#### IV. Analysis

##### A. *Issues*

[27] The main issue in this appeal is whether Patent '446 meets the disclosure requirements of the Act. In addition, Teva argues that Claim 7 is invalid for insufficient disclosure of sound prediction. It claims on the basis of the information provided in the patent that the promise of sildenafil's utility was not demonstrated but predicted.

[28] For the reasons that follow, I conclude that Patent '446 does not meet the disclosure requirements set out in the Act. This is not a case about sound prediction, so Teva's arguments in that regard must fail. I would therefore allow the appeal on the basis of insufficient disclosure.

##### B. *Positions of the Parties*

[29] Teva's position is that the patent is invalid for concealment and avoidable obscurity. In its view, the patent's cryptic description of sildenafil as "one of the especially preferred compounds" is undeniably obscure. Teva also submits that Claim 7

décrit l'invention de façon qu'elle puisse être reproduite, mais qu'il n'est pas tenu d'en décrire les effets, les avantages ou l'utilité. Il signale que suivant l'arrêt le plus récent de notre Cour sur le sujet, point n'est besoin de prouver l'utilité dans la divulgation : *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153 (« AZT »).

[26] Enfin, le juge Nadon examine la question de savoir si l'étude 350 de Pfizer divulgue effectivement l'utilité du Sildénafil. Il relève la conclusion du juge Kelen selon laquelle l'étude révèle une « amélioration importante » dans le traitement de la DÉ, ajoutant que le juge énonce correctement le critère de l'utilité : l'invention permet-elle de réaliser ce qu'elle promet? Le juge Nadon statue qu'il n'y a pas lieu d'exiger une preuve aussi stricte que celle requise aux fins d'une approbation réglementaire. Il rejette donc l'appel.

#### IV. Analyse

##### A. *Les questions en litige*

[27] Le principal point en litige dans le pourvoi est la conformité du brevet 446 aux exigences de divulgation de la Loi. Teva plaide en outre que la revendication 7 est invalide en ce qu'elle ne divulgue pas suffisamment une prédiction valable. Elle avance que, compte tenu de l'information communiquée par le brevet, l'utilité du sildénafil est prédite, mais non démontrée, de sorte que la promesse sous-jacente n'est pas remplie.

[28] Pour les motifs qui suivent, j'estime que le brevet 446 ne satisfait pas aux exigences de divulgation établies par la Loi. La prédiction valable n'étant pas en cause dans la présente affaire, on ne saurait faire droit à la prétention de Teva s'y rapportant. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi pour cause de divulgation insuffisante.

##### B. *Les thèses des parties*

[29] Teva prétend d'abord que le brevet est invalide pour cause de dissimulation ainsi que d'obscurité évitable. Selon elle, la description énigmatique du sildénafil — « un des composés particulièrement privilégiés » — que renferme le brevet est

is invalid for insufficient disclosure of sound prediction. On the basis of the information provided in Patent '446, it says, the promise of sildenafil's utility was not demonstrated but predicted. Teva's third argument is that, because Patent '446 does not disclose that sildenafil was the one compound found in Study 350 to have utility in treating ED, it fails to correctly and fully describe the invention as required by s. 27(3) of the Act. Teva further submits that the appeal court erred in limiting the inquiry into the sufficiency of the disclosure to the questions from *Consolboard*: "What is your invention?" and "How does it work?" Finally, Teva contends that the Court of Appeal erred in confining its analysis of the sufficiency of the disclosure to Claim 7.

[30] Pfizer responds, first, that there is no avoidable obscurity in Patent '446, since courts will only invalidate for avoidable obscurity if the claim is too ambiguous for a skilled person to know what the invention is or if the description does not enable the skilled person to perform the invention across the entire breadth of the claim at issue. It says that neither of these conditions applies in the case at bar. Second, it argues that this is not a case about sound prediction. It submits that there was no need to predict the utility of sildenafil since its utility had been demonstrated. Third, Pfizer says that the disclosure was sufficient because the requirements of s. 27(3) were met. It contends that what must be disclosed is the invention and that, since the invention in this case is sildenafil, the disclosure must be assessed only in relation to that claimed invention. According to Pfizer, even if a skilled person were to consider Patent '446 as a whole, he or she would understand the invention to be a class of compounds useful to treat ED, where nine specific compounds (including sildenafil) are especially preferred and two specific compounds (including sildenafil) are individually claimed. Therefore, it argues, there is no "leaf in the forest" — the skilled person would be able to narrow the range of listed compounds down to the two "especially

indéniablement obscure. Elle ajoute en deuxième lieu que la revendication 7 est invalide en ce qu'elle divulgue de manière insuffisante une prédiction valable, de sorte que, au vu de l'information que fournit le brevet 446, l'utilité promise du sildénafil n'est pas démontrée, mais prédite. Troisièmement, elle fait valoir que le brevet 446, parce qu'il ne précise pas que le sildénafil est le composé dont l'étude 350 a démontré l'utilité dans le traitement de la DÉ, ne décrit pas l'invention d'une façon exacte et complète ainsi que l'exige le par. 27(3) de la Loi. Quatrièmement, Teva avance que la cour d'appel considère à tort que l'on peut déterminer si une divulgation est suffisante ou non à partir des seules questions formulées dans *Consolboard* : « En quoi consiste votre invention? Comment fonctionne-t-elle? ». Enfin, elle soutient que la Cour d'appel fédérale a eu tort de faire porter son analyse du caractère suffisant de la divulgation sur la seule revendication 7.

[30] Pfizer rétorque d'abord que le brevet 446 ne comporte pas d'obscurité évitable dans la mesure où les tribunaux n'invalident un brevet pour ce motif que lorsque la revendication est trop ambiguë pour qu'une personne versée dans l'art comprenne quelle est l'invention ou que la description ne lui permet pas de reproduire l'invention, à l'égard de la totalité de la revendication en cause, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Deuxièmement, elle soutient que la notion de prédiction valable ne s'applique pas puisqu'il n'était pas nécessaire de prédire l'utilité du sildénafil, qui était déjà démontrée. Troisièmement, elle fait valoir que la divulgation est suffisante, car elle satisfait aux exigences du par. 27(3). Elle ajoute que l'objet de la divulgation étant l'invention et l'invention correspondant en l'occurrence au sildénafil, le caractère suffisant de la divulgation doit s'apprécier uniquement en fonction de l'invention ainsi revendiquée. Selon elle, même si une personne versée dans l'art examine le brevet 446 dans son ensemble, elle saisit que l'invention consiste dans une catégorie de composés destinés au traitement de la DÉ, dont neuf (y compris le sildénafil) sont particulièrement privilégiés et deux (notamment le sildénafil) font l'objet de revendications individuelles. Par conséquent, nulle [TRADUCTION] « feuille n'est dissimulée dans



preferred compounds” listed separately in Claim 6 and Claim 7.

### C. *The Patent Bargain*

[31] The issues in this appeal are best understood by reference to the fundamental principles underlying the patent system. As the courts below noted, sufficiency of disclosure lies at the very heart of this system. If the issues are viewed through this lens, the case becomes more straightforward, and the conclusion flows easily from this principle.

[32] The patent system is based on a “bargain”, or *quid pro quo*: the inventor is granted exclusive rights in a new and useful invention for a limited period in exchange for disclosure of the invention so that society can benefit from this knowledge. This is the basic policy rationale underlying the Act. The patent bargain encourages innovation and advances science and technology. Binnie J. explained the *quid pro quo* as follows in *AZT*, at para. 37:

A patent, as has been said many times, is not intended as an accolade or civic award for ingenuity. It is a method by which inventive solutions to practical problems are coaxed into the public domain by the promise of a limited monopoly for a limited time. Disclosure is the *quid pro quo* for valuable proprietary rights to exclusivity which are entirely the statutory creature of the *Patent Act*.

[33] The role of the patent specification in the *quid pro quo* was described as follows by Lord Halsbury in *Tubes, Ld. v. Perfecta Seamless Steel Tube Company, Ld.* (1902), 20 R.P.C. 77, at pp. 95-96:

. . . if one has to look at first principles and see what the meaning of a Specification is . . . why is a Specification necessary? It is a bargain between the State and the inventor: the State says, “If you will tell what your invention is and if you will publish that invention in such a form and in such a way as to enable the public to get the benefit of it, you shall have a monopoly of that invention for a period of fourteen years.” That is the bargain. The meaning which I think, in my view of

la forêt », car la personne versée dans l’art peut ne retenir que les deux « composés particulièrement privilégiés » que décrivent séparément les revendications 6 et 7 parmi tous ceux qu’énumère le mémoire descriptif.

### C. *Le marché inhérent à l’octroi d’un brevet*

[31] On saisit mieux les questions que soulève le pourvoi lorsqu’on se reporte aux principes fondamentaux du régime des brevets. Comme le signalent les juridictions inférieures, la notion de divulgation suffisante constitue le pivot de ce régime. Considérée sous cet angle, la présente affaire devient plus simple et est plus facile à trancher.

[32] Le régime des brevets a pour assise un « marché » de nature synallagmatique (*quid pro quo*) où l’inventeur obtient, pour une période déterminée, un monopole sur une invention nouvelle et utile en contrepartie de la divulgation de l’invention de façon à en faire bénéficier la société. Tel est le principe fondamental qui sous-tend la Loi. Ce marché favorise l’innovation et promeut l’essor scientifique et technique. Dans *AZT*, le juge Binnie précise ainsi la nature de ce marché au par. 37 :

Comme on l’a dit à maintes reprises, le brevet n’est pas une distinction ou une récompense civique accordée pour l’ingéniosité. C’est un moyen d’encourager les gens à rendre publiques les solutions ingénieuses apportées à des problèmes concrets, en promettant de leur accorder un monopole limité d’une durée limitée. La divulgation est le prix à payer pour obtenir le précieux droit de propriété exclusif qui est une pure création de la *Loi sur les brevets*.

[33] Dans l’arrêt *Tubes, Ld. c. Perfecta Seamless Steel Tube Company., Ld.* (1902), 20 R.P.C. 77, p. 95-96, lord Halsbury décrit comme suit la fonction du mémoire descriptif dans le cadre de ce marché :

[TRADUCTION] . . . s’il faut considérer les principes de base et trouver quel est le sens d’un mémoire descriptif [. . .] pourquoi le mémoire descriptif est-il nécessaire? C’est un marché entre l’État et l’inventeur : l’État dit: « Si vous me dites en quoi consiste votre invention et si vous consentez à divulguer cette invention dans la forme et de la manière qui permettront au public d’en profiter, vous aurez le monopole de cette invention pendant quatorze ans. » C’est là le marché.

the Patent Law, has always been placed on the object and purpose of a Specification is that it is to enable, not anybody, but a reasonably well informed artisan dealing with a subject-matter with which he is familiar, to make the thing, so as to make it available for the public at the end of the protected period. [Emphasis added.]

Lord Halsbury's view was cited with approval by Dickson J. (as he then was) in *Consolboard*, at p. 523.

[34] Therefore, adequate disclosure in the specification is a precondition for the granting of a patent. As Hughes J. stated in *Eli Lilly Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2008 FC 142, 63 C.P.R. (4th) 406, at para. 74:

Thus, one must both advance the state of the art and disclose that advance in order to gain the patent monopoly. Failing to do so, thus invalidating the monopoly, can be in the form of one or more of several matters such as, the “invention” was not new, or the so-called invention was “obvious” or the disclosure was “insufficient” or “what you disclosed doesn't support the monopoly that you claim”.

[35] The issues in this case must be considered in light of the *quid pro quo*: Is the public getting what it ought to be getting in exchange for exclusive monopoly rights?

#### D. *Sound Prediction*

[36] Before turning to the main issue in this appeal, I wish to address Teva's argument that Claim 7 is invalid for insufficient disclosure of sound prediction. As I stated at the outset, I am of the view that this is not a case about sound prediction and that Teva's argument on this point must fail.

[37] For a patent to be valid, the invention it purports to protect must be useful. This requirement of utility comes from the definition of “invention” in s. 2 of the Act, which requires that the purported invention be “new and useful”. Sound prediction is a concept that becomes relevant only when an invention's utility cannot actually be demonstrated by way of tests or experiments, but can nevertheless be successfully predicted: see, e.g., *AZT*. The lack

La portée que, d'après mon interprétation du droit sur les brevets, on a toujours attachée à l'objet et au but du mémoire descriptif, est de permettre non pas à n'importe qui, mais à l'homme du métier raisonnablement bien renseigné œuvrant dans son domaine de fabriquer la chose de façon à la rendre disponible au public à la fin de la période de monopole. [Je souligne.]

Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) cite ce passage en l'approuvant dans *Consolboard*, p. 523.

[34] Par conséquent, la divulgation suffisante de l'invention dans le mémoire descriptif est une condition préalable à la délivrance du brevet. Comme le dit le juge Hughes dans *Eli Lilly Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2008 CF 142 (CanLII), par. 74 :

Par conséquent, afin d'obtenir le monopole accordé par le brevet, il faut assurer l'avancement de l'état de l'art et divulguer cet avancement. L'omission de le faire, qui aurait pour effet d'invalider le monopole, peut prendre diverses formes, par exemple, l'« invention » n'était pas nouvelle, ou la prétendue invention était « évidente » ou la divulgation était « insuffisante » ou encore « ce qui a été divulgué ne justifie pas le monopole demandé ».

[35] Il faut donc examiner les questions soulevées en l'espèce à la lumière de ce marché. Le public obtient-il ce qu'il devrait obtenir en contrepartie du monopole accordé?

#### D. *La prédiction valable*

[36] Avant de passer à la principale question en litige, il convient d'apporter quelques précisions au sujet de l'allégation de Teva selon laquelle le brevet est invalide en ce qu'il omet de divulguer une prédiction valable de manière suffisante. Je le répète, j'estime que la notion de prédiction valable ne s'applique pas en l'espèce et qu'il faut donc rejeter la prétention de Teva sur ce point.

[37] La validité du brevet est subordonnée à l'utilité de l'invention qu'il est censé protéger. L'exigence d'utilité découle de la définition d'« invention » à l'art. 2 de la Loi : l'invention présente le caractère « de la nouveauté et de l'utilité ». La notion de prédiction valable n'entre en jeu que lorsque l'utilité de l'invention ne peut être démontrée au moyen d'essais ou d'expériences, mais qu'elle peut néanmoins être prédite : voir, p. ex., *AZT*. L'incertitude

of certainty that comes from predicting rather than demonstrating an invention's utility has led some courts to conclude that there is a "heightened" or "enhanced" disclosure requirement in cases in which a claim of utility is based on sound prediction: see, e.g., *Eli Lilly Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2009 FCA 97, 78 C.P.R. (4th) 388, at paras. 14-15. Teva submits that this heightened requirement was not met in the case at bar.

[38] As the courts below noted, all that is required to meet the utility requirement in s. 2 is that the invention described in the patent do what the patent says it will do, that is, that the promise of the invention be fulfilled: see also S. J. Perry and T. A. Currier, *Canadian Patent Law* (2012), at §7.11. Patent '446 states that the claimed compounds, including sildenafil, will be useful in treating ED. At the time the application was filed, sildenafil could assist in treating ED. This is all that is required. The fact that Pfizer did not disclose that the tested compound was sildenafil goes to the issue of disclosure of the *invention*, not to that of disclosure of the invention's *utility*.

[39] That the invention must be useful as of the date of the claim or as of the time of filing is consistent with this Court's comments in *AZT*, at para. 56:

Where the new use is the *gravamen* of the invention, the utility required for patentability (s. 2) must, as of the priority date, either be demonstrated or be a sound prediction based on the information and expertise then available. If a patent sought to be supported on the basis of sound prediction is subsequently challenged, the challenge will succeed if . . . the prediction at the date of application was not sound, or, irrespective of the soundness of the prediction, "[t]here is evidence of lack of utility in respect of some of the area covered". [Italics in original; underlining added.]

[40] Nothing in this passage suggests that utility is a disclosure requirement; all it says is that "the utility required for patentability (s. 2) must, as of the priority date, either be demonstrated or be a sound prediction". Utility can be demonstrated by, for example, conducting tests, but this does not mean that there is a separate requirement for the disclosure of utility. In fact, there is no requirement

inhérente à la prédiction — plutôt que la démonstration — de l'utilité de l'invention a parfois amené les tribunaux à conclure à l'existence d'une obligation de divulgation accrue lorsqu'une allégation d'utilité se fondait sur une prédiction valable : voir, p. ex., *Eli Lilly Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CAF 97, 78 C.P.R. (4th) 388, par. 14-15. Selon Teva, Pfizer ne s'est pas acquittée de cette obligation de divulgation accrue applicable en l'espèce.

[38] Comme le signalent les juridictions inférieures, pour satisfaire à la condition d'utilité prévue à l'art. 2, il suffit que l'invention exposée fasse ce qu'elle est censée faire selon le brevet, c'est-à-dire qu'elle tienne promesse : voir aussi S. J. Perry et T. A. Currier, *Canadian Patent Law* (2012), §7.11. Le brevet 446 affirme que les composés revendiqués, dont le sildénafil, sont utiles dans le traitement de la DÉ. Au moment du dépôt de la demande, le sildénafil pouvait servir au traitement de la DÉ. C'est tout ce qui est exigé. L'omission de Pfizer de révéler que le composé mis à l'essai est le sildénafil intéresse la divulgation de l'*invention*, et non celle de son *utilité*.

[39] L'exigence que l'invention soit utile au moment de la revendication ou du dépôt va dans le sens des remarques de notre Cour dans l'arrêt *AZT*, par. 56 :

Lorsque la nouvelle utilisation est l'*élément essentiel* de l'invention, l'utilité requise pour qu'il y ait brevetabilité (art. 2) doit, dès la date de priorité, être démontrée ou encore constituer une prédiction valable fondée sur l'information et l'expertise alors disponibles. Si un brevet qu'on a tenté d'étayer par une prédiction valable est par la suite contesté, la contestation réussira si [. . .] la prédiction n'était pas valable à la date de la demande ou si, indépendamment du caractère valable de la prédiction, « [i]l y a preuve de l'inutilité d'une partie du domaine visé ». [Italiques dans l'original; je souligne.]

[40] La Cour ne laisse aucunement entendre qu'il faut divulguer l'« utilité »; elle affirme seulement que « l'utilité requise pour qu'il y ait brevetabilité (art. 2) doit, dès la date de priorité, être démontrée ou encore constituer une prédiction valable ». La démonstration de l'utilité peut notamment se faire au moyen d'essais, mais il ne s'ensuit pas qu'il existe une exigence distincte de divulguer l'utilité.

whatsoever in s. 27(3) to disclose the utility of the invention: see, e.g., *Consolboard*, at p. 521, *per* Dickson J.: “I am further of the opinion that s. 36(1) [now s. 27(3)] does not impose upon a patentee the obligation of establishing the utility of the invention”.

[41] In any event, Pfizer disclosed the utility of sildenafil by disclosing that tests had been conducted. Sildenafil was found to be useful before the priority date, which means that the requirement in *AZT* is met. Further, “[e]vidence as to utility may be found in the reception of the invention by the public. Enthusiastic reception by those to whom it is directed will tend to indicate that the invention is useful”: Perry and Currier, at §7.12.

[42] There is no question that sildenafil’s utility had been demonstrated, in Study 350, as of the time of filing of the patent application. This takes the invention out of the realm of sound prediction. The claims that were determined not to be useful in the clinical study are in any event invalid — which is not contested — but this does not affect the validity of the claims that are useful: see s. 58 of the Act.

[43] Since sound prediction is not an issue, the question whether there is an “enhanced” or “heightened” disclosure requirement with respect to sound predictions does not arise in this case and need not be addressed. I will now turn to the issue at the heart of this appeal: whether Patent ’446 meets the requirements of s. 27(3) of the Act.

#### E. *Disclosure under the Act*

##### (1) Relevant Provisions

[44] A patent can only be granted for an invention. “Invention” is defined in s. 2 of the Act as

any new and useful art, process, machine, manufacture or composition of matter, or any new and useful improvement in any art, process, machine, manufacture or composition of matter.

Thus, to constitute an “invention”, the subject of the patent must be “new and useful”, or a “new and useful improvement”.

En fait, le par. 27(3) n’énonce aucune obligation de divulguer l’utilité de l’invention : voir, p. ex., les motifs du juge Dickson dans *Consolboard* : « [d]e plus, je suis convaincu que le par. 36(1) [l’actuel par. 27(3)] n’impose pas au breveté l’obligation de prouver l’utilité de son invention » (p. 521).

[41] De toute manière, Pfizer a divulgué l’utilité du sildénafil en faisant mention d’essais. Le sildénafil s’était révélé utile avant la date de priorité, de sorte que l’exigence établie dans *AZT* était remplie. En outre, [TRADUCTION] « [l]’accueil de l’invention par le public peut attester son utilité. Le fait que l’invention reçoive un accueil enthousiaste de la part du marché cible est généralement l’indice de son utilité » : Perry et Currier, §7.12.

[42] Il ne fait aucun doute que l’étude 350 avait démontré l’utilité du sildénafil au moment du dépôt de la demande de brevet, ce qui soustrait l’invention à l’application de l’exigence de prédiction valable. Les revendications dont l’utilité n’est pas établie par une étude clinique sont de toute manière invalides — nul ne le conteste —, mais leur invalidité n’emporte pas celle des revendications utiles : voir l’art. 58 de la Loi.

[43] Puisque la prédiction valable n’est pas en cause, il n’y a pas lieu de se demander s’il y a obligation de divulgation accrue dans le cas d’une prédiction valable. Je passe maintenant à la principale question en litige : le brevet 446 satisfait-il aux exigences du par. 27(3) de la Loi?

#### E. *La divulgation exigée par la Loi*

##### (1) Les dispositions législatives applicables

[44] Un brevet ne peut être accordé que pour une « invention », définie comme suit à l’art. 2 de la Loi :

[t]oute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l’un d’eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l’utilité.

Il faut donc que l’objet du brevet présente « le caractère de la nouveauté et de l’utilité » pour qu’il y ait « invention ».

[45] Since patents are a creature of statute, the “patent bargain” underlying the patent system is embodied in the Act. More specifically, ss. 27(1) to 27(3) of the Act reflect the patent “bargain theory” or *quid pro quo*. The disclosure requirements for the specification are found in s. 27(3):

(3) The specification of an invention must

(a) correctly and fully describe the invention and its operation or use as contemplated by the inventor;

(b) set out clearly the various steps in a process, or the method of constructing, making, compounding or using a machine, manufacture or composition of matter, in such full, clear, concise and exact terms as to enable any person skilled in the art or science to which it pertains, or with which it is most closely connected, to make, construct, compound or use it;

(c) in the case of a machine, explain the principle of the machine and the best mode in which the inventor has contemplated the application of that principle; and

(d) in the case of a process, explain the necessary sequence, if any, of the various steps, so as to distinguish the invention from other inventions.

[46] Section 27(4) says the following with respect to claims:

(4) The specification must end with a claim or claims defining distinctly and in explicit terms the subject-matter of the invention for which an exclusive privilege or property is claimed.

[47] If one or more claims in a patent are void for failure to meet the requirements of s. 27, s. 58 provides that any valid claims nevertheless survive:

**58.** When, in any action or proceeding respecting a patent that contains two or more claims, one or more of those claims is or are held to be valid but another or others is or are held to be invalid or void, effect shall be given to the patent as if it contained only the valid claim or claims.

[48] Finally, s. 53(1) is relevant to this appeal. It provides that a patent will be void if proper

[45] Le brevet étant d’origine législative, le « marché » qui le sous-tend est prévu par la Loi. Les paragraphes 27(1) à 27(3) de la Loi, plus particulièrement, reflètent la nature synallagmatique de ce marché. Les exigences de divulgation applicables au mémoire descriptif figurent au par. 27(3) :

(3) Le mémoire descriptif doit :

a) décrire d’une façon exacte et complète l’invention et son application ou exploitation, telles que les a conçues son inventeur;

b) exposer clairement les diverses phases d’un procédé, ou le mode de construction, de confection, de composition ou d’utilisation d’une machine, d’un objet manufacturé ou d’un composé de matières, dans des termes complets, clairs, concis et exacts qui permettent à toute personne versée dans l’art ou la science dont relève l’invention, ou dans l’art ou la science qui s’en rapproche le plus, de confectionner, construire, composer ou utiliser l’invention;

c) s’il s’agit d’une machine, en expliquer clairement le principe et la meilleure manière dont son inventeur en a conçu l’application;

d) s’il s’agit d’un procédé, expliquer la suite nécessaire, le cas échéant, des diverses phases du procédé, de façon à distinguer l’invention en cause d’autres inventions.

[46] Pour ce qui est des revendications, le par. 27(4) dispose :

(4) Le mémoire descriptif se termine par une ou plusieurs revendications définissant distinctement et en des termes explicites l’objet de l’invention dont le demandeur revendique la propriété ou le privilège exclusif.

[47] Toutefois, suivant l’art. 58 de la Loi, dans le brevet, une revendication demeure valide même lorsqu’une autre revendication est invalide en raison de sa non-conformité à l’art. 27 :

**58.** Lorsque, dans une action ou procédure relative à un brevet qui renferme deux ou plusieurs revendications, une ou plusieurs de ces revendications sont tenues pour valides, mais qu’une autre ou d’autres sont tenues pour invalides ou nulles, il est donné effet au brevet tout comme s’il ne renfermait que la ou les revendications valides.

[48] Enfin, le par. 53(1) vaut d’être mentionné en l’espèce. Il dispose que l’omission volontaire de

disclosure is wilfully withheld “for the purpose of misleading”:

53. (1) A patent is void if any material allegation in the petition of the applicant in respect of the patent is untrue, or if the specification and drawings contain more or less than is necessary for obtaining the end for which they purport to be made, and the omission or addition is wilfully made for the purpose of misleading.

## (2) Jurisprudence

[49] In *Consolboard*, this Court reviewed the Act’s disclosure requirements, which at that time were found in s. 36. Although there are variations in wording between that section and the current s. 27(3), the substance of the disclosure requirements has remained the same.

[50] Dickson J. discussed what the specification must contain in order to meet the disclosure requirements. He stated clearly that the nature of the invention must be disclosed and that the entire specification, including the claims, must be considered in determining the nature of the invention and whether disclosure was sufficient:

In essence, what is called for in the specification (which includes both the “disclosure”, *i.e.* the descriptive portion of the patent application, and the “claims”) is a description of the invention and the method of producing or constructing it, coupled with a claim or claims which state those novel features in which the applicant wants an exclusive right. The specifications must define the precise and exact extent of the exclusive property and privilege claimed.

Section 36(1) seeks an answer to the questions: “What is your invention? How does it work?” With respect to each question the description must be correct and full in order that, as Thorson P. said in *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines, Limited* [[1947] Ex. C.R. 306]:

... when the period of monopoly has expired the public will be able, having only the specification, to make the same successful use of the invention as the inventor could at the time of his application. [at p. 316]

divulguer suffisamment l’invention, et ce, « pour induire [autrui] en erreur », entraîne la nullité du brevet :

53. (1) Le brevet est nul si la pétition du demandeur, relative à ce brevet, contient quelque allégation importante qui n’est pas conforme à la vérité, ou si le mémoire descriptif et les dessins contiennent plus ou moins qu’il n’est nécessaire pour démontrer ce qu’ils sont censés démontrer, et si l’omission ou l’addition est volontairement faite pour induire en erreur.

## (2) La jurisprudence

[49] Dans l’arrêt *Consolboard*, notre Cour examine les exigences légales de divulgation qui, au moment des faits considérés, figuraient à l’art. 36. Malgré des différences de formulation entre cette disposition et l’actuel par. 27(3), l’obligation de divulgation demeure substantiellement la même.

[50] Le juge Dickson se penche sur le contenu du mémoire descriptif qui satisfait aux exigences de divulgation. Il affirme clairement que la nature de l’invention doit y être exposée et qu’il faut examiner le mémoire en entier, revendications comprises, pour établir la nature de l’invention et déterminer si la divulgation est suffisante :

Essentiellement, ce qui doit figurer dans le mémoire descriptif (qui comprend à la fois la divulgation, c.-à-d., la partie descriptive de la demande de brevet, et les revendications) c’est une description de l’invention et de la façon de la produire ou de la construire, à laquelle s’ajoute une ou plusieurs revendications qui exposent les aspects nouveaux pour lesquels le demandeur demande un droit exclusif. Le mémoire descriptif doit définir la portée exacte et précise de la propriété et du privilège exclusifs revendiqués.

Le paragraphe 36(1) cherche à répondre aux questions suivantes : « En quoi consiste votre invention? Comment fonctionne-t-elle? » Quant à chacune de ces questions, la description doit être exacte et complète de sorte que, comme l’exprime le président Thorson dans *Minerals Separation North American Corporation c. Noranda Mines, Limited* [[1947] R.C. de l’É. 306] :

[TRADUCTION] . . . une fois la période de monopole terminée, le public puisse, en n’ayant que le mémoire descriptif, utiliser l’invention avec le même succès que l’inventeur, à l’époque de la demande. [à la p. 316]

We must look to the whole of the disclosure and the claims to ascertain the nature of the invention and methods of its performance, . . . , being neither benevolent nor harsh, but rather seeking a construction which is reasonable and fair to both patentee and public. There is no occasion for being too astute or technical in the matter of objections to either title or specification for, as Duff C.J.C. said, giving the judgment of the Court in *Western Electric Company, Incorporated, and Northern Electric Company v. Baldwin International Radio of Canada* [[1934] S.C.R. 570], at p. 574, “where the language of the specification, upon a reasonable view of it, can be so read as to afford the inventor protection for that which he has actually in good faith invented, the court, as a rule, will endeavour to give effect to that construction”. Sir George Jessel spoke to like effect at a much earlier date in *Hinks & Son v. Safety Lighting Company* [(1876), 4 Ch. D. 607]. He said the patent should be approached “with a judicial anxiety to support a really useful invention”.

Il faut considérer l'ensemble de la divulgation et des revendications pour déterminer la nature de l'invention et son mode de fonctionnement [ . . . ], sans être ni indulgent ni dur, mais plutôt en cherchant une interprétation qui soit raisonnable et équitable à la fois pour le titulaire du brevet et pour le public. Ce n'est pas le moment d'être trop rusé ou formaliste en matière d'oppositions soit au titre ou au mémoire descriptif puisque, comme le dit le juge en chef Duff, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Western Electric Company, Incorporated, et Northern Electric Company c. Baldwin International Radio of Canada* [[1934] R.C.S. 570], à la p. 574 : [TRADUCTION] « quand le texte du mémoire descriptif, interprété de façon raisonnable, peut se lire de façon à accorder à l'inventeur l'exclusivité de ce qu'il a inventé de bonne foi, la Cour, en règle générale, cherche à mettre cette interprétation à effet ». Sir George Jessel a dit à peu près la même chose il y a beaucoup plus longtemps dans l'arrêt *Hinks & Son v. Safety Lighting Company* [(1876), 4 Ch. D. 607]. Il a dit que l'on devait aborder le brevet « avec le souci judiciaire de confirmer une invention vraiment utile ».

In my view it is a well established principle that a patent specification is addressed, not to the public generally, but to persons skilled in the particular art. I am further of the opinion that s. 36(1) does not impose upon a patentee the obligation of establishing the utility of the invention. [Emphasis added; citation omitted; pp. 520-21.]

À mon avis, c'est un principe fermement établi que le mémoire descriptif d'un brevet ne s'adresse pas au public, mais à une personne versée dans l'art en cause. De plus je suis convaincu que le par. 36(1) n'impose pas au breveté l'obligation de prouver l'utilité de son invention. [Je souligne; référence omise; p. 520-521.]

Since *Consolboard*, the Court has constantly applied the principles stated by Dickson J., which is a testament to the soundness of his reasoning: see, e.g., *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902, at para. 18; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067, at para. 52; *Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623 (“*Pioneer Hi-Bred*”), at p. 1636.

Depuis cet arrêt, notre Cour continue d'appliquer les principes énoncés par le juge Dickson, ce qui témoigne de la justesse de son analyse : voir, p. ex., *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902, par. 18; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067, par. 52; *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623 (« *Pioneer Hi-Bred* »), p. 1636.

[51] In *Pioneer Hi-Bred*, the Court referred to *Consolboard* in discussing the Act's disclosure requirements once again. Lamer J. (as he then was), writing for the Court, described those requirements as follows:

[51] Dans *Pioneer Hi-Bred*, notre Cour renvoie à *Consolboard* à l'occasion d'un nouvel examen des exigences de la Loi en matière de divulgation. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) les définit comme suit au nom de la Cour :

In summary, the *Patent Act* requires that the applicant file a specification including disclosure and claims (*Consolboard Inc.*, *supra*, at p. 520). Canadian courts have stated in a number of cases the test to be

En résumé, la *Loi sur les brevets* exige du demandeur qu'il présente un mémoire descriptif comprenant la divulgation et les revendications (*Consolboard Inc.*, précité, à la p. 520). Les tribunaux canadiens ont eu l'occasion

applied in determining whether disclosure is complete. The applicant must disclose everything that is essential for the invention to function properly. To be complete, it must meet two conditions: it must describe the invention and define the way it is produced or built . . . . The applicant must define the nature of the invention and describe how it is put into operation. A failure to meet the first condition would invalidate the application for ambiguity, while a failure to meet the second invalidates it for insufficiency. The description must be such as to enable a person skilled in the art or the field of the invention to produce it using only the instructions contained in the disclosure . . . and once the monopoly period is over, to use the invention as successfully as the inventor could at the time of his application (*Minerals Separation, supra*, at p. 316). [Emphasis added; citations omitted; pp. 1637-38.]

[52] In *Consolboard* and in *Pioneer Hi-Bred*, the Court correctly analysed the disclosure requirements set out in s. 27(3) of the Act. The reasoning in those cases should be reaffirmed and applied in the case at bar.

#### F. *Nature of the Invention*

[53] In determining whether the disclosure requirements have been met in this case, the first step is to define the nature of the invention in Patent '446. This must be done in order to comply with s. 27(3) of the Act, which requires, among other things, that the specification “correctly and fully describe the invention”. Therefore, we must ask: What is the invention in Patent '446?

[54] The Federal Court and the Federal Court of Appeal held, based on *Boehringer* and *Apotex ACE* (F.C.A.), that each claim in Patent '446 is a separate invention. As a result, they considered the disclosure requirements with respect to each individual claim, not to the specification as a whole. For example, Kelen J. referred to *Boehringer* and *Apotex ACE* (F.C.A.) and stated on that basis that “sildenafil in Claim 7 should be considered separately” (para. 46). At para. 131, in discussing sufficiency of disclosure, he stated that “[e]ach of the claims, according to the law, represents a separate monopoly and [that] each claim must be viewed separately in relation to the disclosure”. The

d'énoncer au cours des années le test qu'il faut appliquer pour savoir si la divulgation est complète. Le demandeur doit divulguer tout ce qui est essentiel au bon fonctionnement de l'invention. Afin d'être complète, celle-ci doit remplir deux conditions : l'invention doit y être décrite et la façon de la produire ou de la construire définie [. . .] Le demandeur doit définir la nature de l'invention et décrire la façon de la mettre en opération. Un manquement à la première condition invaliderait la demande parce qu'ambiguë alors qu'un manquement à la seconde l'invaliderait parce que non suffisamment décrite. Quant à la description, elle doit permettre à une personne versée dans l'art ou le domaine de l'invention de la construire à partir des seules instructions contenues dans la divulgation [. . .], et d'utiliser l'invention, une fois la période de monopole terminée, avec le même succès que l'inventeur, au moment de sa demande (*Minerals Separation*, précité, à la p. 316). [Je souligne; références omises; p. 1637-1638.]

[52] Dans les arrêts *Consolboard* et *Pioneer Hi-Bred*, la Cour analyse correctement les exigences de divulgation énoncées au par. 27(3) de la Loi. Il convient de confirmer le raisonnement qu'elle tient dans ces arrêts et de l'appliquer en l'espèce.

#### F. *La nature de l'invention*

[53] Pour déterminer si les exigences de divulgation sont respectées en l'espèce, il faut d'abord définir la nature de l'invention que vise le brevet 446. Cette démarche est nécessaire pour s'assurer de sa conformité au par. 27(3) de la Loi, qui exige notamment que le mémoire descriptif « décri[ve] d'une façon exacte et complète l'invention ». Il faut donc se demander en quoi consiste l'invention visée par le brevet 446.

[54] Invoquant les décisions *Boehringer* et *Apotex ACE* (C.A.F.), la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale opinent qu'à chacune des revendications du brevet 446 correspond une invention distincte. Elles appliquent donc les exigences de divulgation à chacune des revendications individuelles, et non au mémoire descriptif dans son ensemble. Par exemple, le juge Kelen se réfère à *Boehringer* et *Apotex ACE* (C.A.F.) pour affirmer ensuite que « le sildénafil dont il est question à la revendication 7 devrait être examiné séparément » (par. 46). Au sujet du caractère suffisant de la divulgation, il ajoute que « chacune des revendications correspond à un monopole distinct et chacune des



Federal Court of Appeal upheld Kelen J.'s conclusion. Nadon J.A. stated:

. . . Claim 7 represents a compound (sildenafil) within a class of compounds (those given by formula I) used to treat ED. Accordingly, Claim 7 constitutes a separate invention. The questions of utility and disclosure must therefore be determined on that basis. [para. 69]

[55] In my view, two principles were confused in the reasons of the courts below. One is that the claims define the scope of the exclusive right being sought (s. 27(4) of the Act; see also Perry and Currier, at §15.2), and the other is that the content of the specification determines whether the disclosure requirements have been met (s. 27(3) of the Act). If the first principle were applied, the court would review the claims to determine whether what is being claimed is just a compound, or the compound together with its salts and isotopes. However, what the Act requires is that the courts consider the specification as a whole to determine whether the disclosure of the invention is sufficient.

[56] Pfizer submits that s. 58 of the Act allows courts to consider valid claims separately from those that are not valid. Implicitly, Pfizer is suggesting that under s. 58, where a valid claim exists, the consideration of the disclosure requirements can be limited to that claim. However, this is a misinterpretation of s. 58. Section 58 simply states that valid claims survive in the face of one or more invalid claims. This section is engaged once it has been determined, on the basis of the patent as a whole, whether the requirements, including the disclosure requirements, have been complied with. Section 58 does not allow a court to consider the validity of a single claim — Claim 7 in this case — independently of the rest of the specification, even if the claim in question is the only one that may be valid. This section is engaged only *after* the validity analysis is carried out.

[57] The courts below also concluded that the consideration of the disclosure requirements had

revendications doit être considérée séparément par rapport à l'exposé de l'invention » (par. 131). La Cour d'appel fédérale confirme la conclusion du juge Kelen. Le juge Nadon précise :

. . . la revendication 7 vise un composé (le sildénafil) qui fait partie d'une catégorie de composés (ceux qui correspondent à la formule I) servant au traitement de la dysfonction érectile. En conséquence, la revendication 7 constitue une invention distincte. La question de l'utilité et celle de [la divulgation] doivent par conséquent être tranchées sur ce fondement. [par. 69]

[55] À mon sens, les juridictions inférieures confondent deux principes. Le premier de ceux-ci veut que la revendication définisse la portée du monopole recherché (par. 27(4) de la Loi; voir aussi Perry et Currier, §15.2) et le second, que la teneur du mémoire descriptif permette de déterminer si l'exigence de divulgation est remplie (par. 27(3) de la Loi). Suivant le premier principe, le tribunal examine la revendication afin de déterminer si son objet se limite au seul composé ou s'il englobe aussi ses sels et ses isotopes. Or, ce que commande la Loi, c'est l'examen du mémoire descriptif dans son ensemble pour déterminer s'il y a divulgation suffisante de l'invention.

[56] Pfizer soutient que l'art. 58 autorise le tribunal à considérer la revendication valide séparément de celle qui ne l'est pas, faisant implicitement valoir qu'il lui permet de faire porter son examen du respect de l'exigence de divulgation uniquement sur la revendication valide. Il s'agit d'une interprétation erronée de l'art. 58, qui dispose seulement que les revendications valides le demeurent malgré l'invalidation d'une ou de plusieurs autres revendications. En effet, l'art. 58 devient pertinent une fois qu'il est établi que le brevet, considéré dans sa totalité, satisfait aux exigences, dont celles liées à la divulgation. Il ne permet pas l'examen de la validité d'une revendication en particulier — en l'occurrence la revendication 7 — sans égard aux autres éléments du mémoire descriptif, même s'il s'agit de la seule revendication valide. Cet article n'entre en jeu qu'*après* l'analyse portant sur la validité.

[57] Les juridictions inférieures concluent également que le respect des exigences de divulgation

to be limited to Claim 7. They came to this conclusion mainly on the basis of the *Boehringer* line of cases. However, the Exchequer Court's decision in *Boehringer* has been misinterpreted. It does not stand for the proposition that every claim in a patent application is a separate invention. Rather, as Teva points out (A.F., at paras. 106-9), the court in *Boehringer* reached the conclusion that each claim in the patent in question concerned a separate invention only after considering the specification as a whole. The court did not purport to establish a broad proposition that in every case, each claim in a patent application concerns a separate invention. Such a proposition would be contrary to the scheme of the Act.

[58] Section 36(1) makes clear that each patent must contain just one invention:

**36.** (1) A patent shall be granted for one invention only but in an action or other proceeding a patent shall not be deemed to be invalid by reason only that it has been granted for more than one invention.

This provision does have a saving proviso to the effect that, if a patent has more than one invention, it cannot be deemed invalid for that reason only. Nevertheless, the provision clearly states that a patent shall be granted for one invention only.

[59] Further, s. 36(2.1) states,

Where an application (the "original application") describes and claims more than one invention, the applicant shall, on the direction of the Commissioner, limit the claims to one invention only, and any other invention disclosed may be made the subject of a divisional application, if the divisional application is filed before the issue of a patent on the original application.

[60] The provisions of s. 36 support the conclusion that each claim should not be construed as a separate invention in every case.

[61] In any event, when *Boehringer* was appealed to this Court, the issue of separate inventions was not considered. After stating that the patent application did not meet the disclosure requirements, Martland J., on behalf of the Court, said:

ne doit être considéré qu'en fonction de la revendication 7. Elles prennent principalement appui sur *Boehringer* et les décisions rendues dans sa foulée. Toutefois, elles interprètent mal cette décision, car la Cour de l'Échiquier n'y établit pas qu'à chacune des revendications de la demande de brevet correspond une invention distincte. En fait, comme le souligne Teva (m.a., par. 106-109), ce n'est qu'après l'examen du mémoire descriptif dans son entier que la Cour de l'Échiquier statue que chacune des revendications du brevet en cause vise une invention distincte. Elle n'établit pas le principe général que chacune des revendications d'une demande de brevet vise toujours une invention distincte. Une telle assertion serait contraire au régime créé par la Loi.

[58] Il ressort du par. 36(1) qu'un brevet ne doit avoir pour objet qu'une seule invention :

**36.** (1) Un brevet ne peut être accordé que pour une seule invention, mais dans une instance ou autre procédure, un brevet ne peut être tenu pour invalide du seul fait qu'il a été accordé pour plus d'une invention.

La disposition prévoit certes une exception afin d'éviter qu'un brevet visant plus d'une invention ne soit invalidé pour ce seul motif, mais son libellé est clair : un brevet est accordé pour une seule invention.

[59] Le paragraphe 36(2.1) dispose en outre :

Si une demande décrit et revendique plus d'une invention, le demandeur doit, selon les instructions du commissaire, restreindre ses revendications à une seule invention, toute autre invention divulguée pouvant faire l'objet d'une demande complémentaire, si celle-ci est déposée avant la délivrance d'un brevet sur la demande originale.

[60] L'article 36 permet de conclure qu'il n'y a pas lieu de voir systématiquement une invention distincte dans chacune des revendications.

[61] Quoi qu'il en soit, lorsque notre Cour a statué en appel dans *Boehringer*, elle n'a pas examiné la question des inventions distinctes. Après avoir conclu que la demande de brevet ne satisfaisait pas aux exigences de divulgation, le juge Martland affirme au nom de notre Cour :

Having reached the conclusion that claim 8 was invalid for failure to comply with s. 41(1), for one of the reasons found by the learned trial judge, it is unnecessary to consider, or express an opinion upon, the other grounds upon which he dismissed the action. [Emphasis added; p. 412.]

[62] The Federal Court considered this same issue in *Apotex ACE*. Considering himself bound by *Boehringer* and *Hoechst Pharmaceuticals of Canada Ltd. v. Gilbert & Co.*, [1965] 1 Ex. C.R. 710 — a decision in which Thurlow J., who had also written the reasons in *Boehringer*, reached a similar conclusion — Hughes J. said the following, at para. 116:

Were I to approach the matter without jurisprudential constraints, I would readily find that the ‘340 application is directed to but one invention, a class of compounds, of which individual compounds such as lisinopril are but illustrative. However, *Boehringer* and *Hoechst, supra*, oblige me to find otherwise, on the slender basis that there was, in the ‘340 application not only examples but also specific claims to the individual compounds enalapril, enalaprilat and lisinopril, each of which, on the theory of those cases, is a different invention from the class.

Incidentally, *Hoechst* was upheld on appeal by this Court ([1966] S.C.R. 189), but, as in *Boehringer*, the question whether separate claims disclose separate inventions was not considered.

[63] In *Apotex ACE*, the Federal Court of Appeal varied the Federal Court’s decision in part, but upheld the conclusion that separate claims disclose separate inventions. However, as I have stated, this broad conclusion is contrary to the provisions of the Act and must be rejected.

[64] It is possible, as in *Boehringer*, for each claim in a patent to disclose a separate invention. Where this issue is raised, however, individual patents must be considered on a case-by-case basis. In my view, the approach Teva advocates for at para. 119 of its factum is useful in this case: “. . . the specification as a whole must be examined to determine whether

[TRANSCRIPTION] La Cour ayant conclu à l’invalidité de la revendication 8 pour non-conformité au par. 41(1) sur le fondement de l’un des motifs exposés par le juge de première instance, il n’est pas nécessaire d’examiner les autres motifs fondant sa décision de rejeter l’action ni de formuler d’opinion à leur égard. [Je souligne; p. 412.]

[62] Dans *Apotex ACE*, la même question se posait. S’estimant lié par *Boehringer* et *Hoechst Pharmaceuticals of Canada Ltd. c. Gilbert & Co.*, [1965] 1 R.C. de l’É. 710 — une décision au même effet du juge Thurlow, auteur des motifs dans *Boehringer* —, la Cour fédérale, par la voix du juge Hughes, souligne ce qui suit au par. 116 :

Si je devais aborder la question sans les contraintes que m’impose la jurisprudence, je conclurais en fait que la demande 340 vise une seule invention, une classe de composés, dont les composés individuels, tels que le lisinopril, ne sont que des illustrations. Cependant, les décisions *Boehringer* et *Hoechst*, précitées, m’obligent à conclure différemment, sur le mince fondement que la demande 340 contenait non seulement des exemples, mais aussi des revendications spécifiques visant les composés individuels que sont l’énalapril, l’énalaprilat et le lisinopril, dont chacun, selon la théorie de cette jurisprudence, constitue une invention différente de celle de la classe.

Incidentement, notre Cour a confirmé *Hoechst* en appel ([1966] R.C.S. 189) mais, comme dans *Boehringer*, sans examiner la question de savoir si des revendications distinctes divulguent des inventions distinctes.

[63] La Cour d’appel fédérale a partiellement infirmé la décision *Apotex ACE*, mais confirmé la conclusion selon laquelle des revendications distinctes divulguent des inventions distinctes. Or, je rappelle que cette conclusion générale est contraire aux dispositions de la Loi et qu’elle doit être rejetée.

[64] Il se peut que chacune des revendications d’un brevet divulgue une invention distincte, comme dans *Boehringer*. Toutefois, on ne peut se prononcer qu’à l’issue d’une analyse des faits propres à une affaire. Selon moi, Teva propose au par. 119 de son mémoire une démarche appropriée en l’espèce : [TRANSCRIPTION] « . . . le mémoire

sildenafil and the other compounds claimed in the patent are linked so as to form a single general inventive concept”. This is consistent with this Court’s comment in *Consolboard*, at p. 520: “We must look to the whole of the disclosure and the claims to ascertain the nature of the invention and methods of its performance . . . .”

[65] As required by s. 2 of the Act, an invention must be novel. In the instant case, the invention is not sildenafil, *per se*, because this compound was already known. In fact, Pfizer had been investigating sildenafil as a cardiovascular drug when it first suspected that the compound would be useful in treating ED (R.F., at para. 13). The invention is therefore not sildenafil, but *the use of sildenafil to treat ED*.

[66] In this case, if we consider the specification as a whole, there is nothing to support the view that the use of sildenafil for the treatment of ED is a separate invention from the use of any of the other claimed compounds for that same purpose. No specific attributes or characteristics are ascribed to sildenafil that would set it apart from the other compounds. Even if we take into consideration the fact that sildenafil is an “especially preferred compound”, there is still nothing that distinguishes it from the other eight “especially preferred compounds”. The use of sildenafil and the other compounds for the treatment of ED comprises one inventive concept.

[67] In fact, the patent itself suggests that the entire class of claimed compounds will be effective in treating ED. The first sentence of the specification states: “This invention relates to the use of a series of [compounds] for the treatment of impotence” (A.R., vol. X, at p. 164 (emphasis added)). The following appears on the second page of the specification: “Unexpectedly, it has now been found that these disclosed compounds are useful in the treatment of erectile dysfunction.” And page 11 of the specification contains this statement:

descriptif doit être considéré dans son ensemble pour déterminer si le sildénafil et les autres composés revendiqués sont liés de telle sorte qu’ils forment une seule idée originale générale ». Cette approche concorde avec l’observation de notre Cour selon laquelle « [i]l faut considérer l’ensemble de la divulgation et des revendications pour déterminer la nature de l’invention et son mode de fonctionnement . . . » (*Consolboard*, p. 520).

[65] L’article 2 de la Loi dispose que l’invention doit présenter le caractère de la nouveauté. En l’espèce, l’invention ne correspond pas au sildénafil comme tel, un composé déjà connu. Pfizer avait en fait soumis le sildénafil à des recherches en vue de son utilisation dans le traitement des maladies cardiovasculaires lorsqu’elle avait pressenti pour la première fois qu’il pouvait servir au traitement de la DÉ (m.i., par. 13). L’invention n’a donc pas pour objet le sildénafil, mais bien *son utilisation dans le traitement de la DÉ*.

[66] Au vu de l’ensemble du mémoire descriptif, nul élément ne permet en l’espèce d’affirmer que l’utilisation du sildénafil pour traiter la DÉ constitue une invention distincte de l’utilisation de l’un ou l’autre des autres composés à cette même fin. Nulle caractéristique ou propriété susceptible de le distinguer des autres composés n’est attribuée au sildénafil. Même si on le tient pour un « composé particulièrement privilégié », rien ne le distingue des huit autres « composés particulièrement privilégiés ». L’utilisation du sildénafil et des autres composés dans le traitement de la DÉ forme une seule idée originale.

[67] D’ailleurs, le brevet donne lui-même à penser que tous les composés revendiqués sont efficaces dans le traitement de la DÉ. La phrase suivante figure au tout début du mémoire descriptif : [TRADUCTION] « La présente invention concerne l’utilisation d’une série de [composés] pour le traitement de l’impuissance » (d.a., vol. X, p. 164 (je souligne)). On lit ensuite, à la p. 2 « C’est fortuitement qu’on découvre aujourd’hui l’utilité des composés divulgués pour le traitement de la dysfonction érectile »; puis à la p. 11 :

Thus the invention includes a pharmaceutical composition for the curative or prophylactic treatment of erectile dysfunction in a male animal, including man, comprising a compound of formula (I), or a pharmaceutically acceptable salt thereof, together with a pharmaceutically acceptable diluent or carrier. [Emphasis added; A.R., vol. X, at p. 174.]

The plural word “inventions” does not appear in Patent ’446.

[68] There is no evidence on the record to suggest that Pfizer filed a divisional application under s. 36(2.1). It would be disingenuous for Pfizer to imply that there is one invention in the patent application for the purpose of complying with s. 36(1) and then to submit that each claim concerns a distinct invention for the purposes of this appeal. If Patent ’446 is viewed as a whole, there is only one invention: the use of the compound or compounds that are effective in treating ED.

G. *Is the Disclosure in Patent ’446 Sufficient?*

[69] In light of s. 27(3), it is the specification and not just the claims that the court must consider to determine whether the patent in question meets the disclosure requirements (see also Perry and Currier, at §15.26). Section 27(4) provides that the claim or claims must define the subject-matter of the invention distinctly and explicitly.

[70] As I noted above, this Court made it clear in *Consolboard* that the specification, which includes the claims and the disclosure, must define the “precise and exact extent” of the privilege being claimed so as to ensure that the public can, *having only the specification*, make the same use of the invention as the inventor (p. 520). In my view, the courts below misread *Consolboard* when they stated that the only questions that must be answered are “What is your invention?” and “How does it work?” Dickson J. did not state that those were the only relevant questions. In fact, quoting *Minerals Separation*, he went on to say, at p. 520:

[TRANSLATION] Ainsi, l’invention s’entend d’une composition pharmaceutique pour le traitement curatif ou prophylactique de la dysfonction érectile chez un animal de sexe masculin, y compris l’homme, à savoir un composé de la formule (I) ou l’un de ses sels pharmaceutiquement acceptable, de pair avec un diluant ou un support pharmaceutiquement acceptable. [Je souligne; d.a., vol. X, p. 174.]

Dans le brevet 446, le mot « invention » ne porte pas la marque du pluriel.

[68] Aucun élément du dossier n’indique que Pfizer aurait déposé une demande complémentaire en application du par. 36(2.1). Pfizer ne saurait en toute honnêteté affirmer, d’une part, que la demande de brevet vise une seule invention aux fins de la conformité au par. 36(1), puis soutenir, d’autre part, que chacune des revendications correspond à une invention distincte pour les besoins du présent pourvoi. Il appert du brevet 446 considéré dans son ensemble qu’il n’y a qu’une seule invention, à savoir l’utilisation du ou des composés utiles dans le traitement de la DÉ.

G. *Y a-t-il divulgation suffisante dans le brevet 446?*

[69] Suivant le libellé du par. 27(3), c’est à partir du mémoire descriptif, et non des seules revendications, que le tribunal détermine si le brevet satisfait aux exigences de divulgation (voir aussi Perry et Currier, §15.26). Par ailleurs, le par. 27(4) dispose que la ou les revendications définissent distinctement et explicitement l’objet de l’invention.

[70] Je rappelle que, dans *Consolboard*, notre Cour statue clairement que le mémoire descriptif, constitué des revendications et de la divulgation, doit définir la « portée exacte et précise » du privilège revendiqué, de sorte que le public puisse, *en n’ayant que le mémoire descriptif*, utiliser l’invention de la même façon que l’inventeur (p. 520). J’estime que les juridictions inférieures interprètent mal *Consolboard* lorsqu’elles affirment qu’il suffit de répondre aux deux questions suivantes : « En quoi consiste votre invention? Comment fonctionne-t-elle? ». Le juge Dickson ne statue pas qu’il s’agit des seules questions pertinentes. Citant *Minerals Separation*, il ajoute en fait à la p. 520 :

With respect to each question the description must be correct and full in order that, . . . :

. . . when the period of monopoly has expired the public will be able, having only the specification, to make the same successful use of the invention as the inventor could at the time of his application. [Emphasis added.]

[71] The Court reiterated this in *Pioneer Hi-Bred*: “The description must be such as to enable a person skilled in the art or the field of the invention to produce it using only the instructions contained in the disclosure” (p. 1638).

[72] Recall that in this case Pfizer had conducted tests that demonstrated that sildenafil was effective in treating ED. None of the other compounds in Patent '446 had been shown to be effective in doing so. Therefore, the invention was the use of sildenafil for the treatment of ED. This had to be disclosed in order to meet the requirements set out in s. 27(3) of the Act.

[73] Although Patent '446 includes the statement that “one of the especially preferred compounds induces penile erection in impotent males”, the specification does not indicate that sildenafil is the effective compound, that Claim 7 contains the compound that works, or that the remaining compounds in the patent had been found not to be effective in treating ED” (A.R., vol. X, at p. 173). The claims were structured as “cascading claims”, with Claim 1 involving over 260 quintillion compounds, Claims 2 to 5 concerning progressively smaller groups of compounds, and Claims 6 and 7 each relating to an individual compound.

[74] The disclosure in the specification would not have enabled the public “to make the same successful use of the invention as the inventor could at the time of his application”, because even if a skilled reader could have narrowed the effective compound down to the ones in Claim 6 and Claim 7, further testing would have been required to determine which of those two compounds was actually effective in treating ED. As the trial judge stated,

Quant à chacune de ces questions, la description doit être exacte et complète de sorte que, . . . :

[TRADUCTION] . . . une fois la période de monopole terminée, le public puisse, en n'ayant que le mémoire descriptif, utiliser l'invention avec le même succès que l'inventeur, à l'époque de la demande. [Je souligne.]

[71] La Cour reprend ce principe dans *Pioneer Hi-Bred* : « Quant à la description, elle doit permettre à une personne versée dans l'art ou le domaine de l'invention de la construire à partir des seules instructions contenues dans la divulgation » (p. 1638).

[72] Dans la présente affaire, Pfizer a effectué des essais qui ont établi l'efficacité du sildénafil pour traiter la DÉ. Toutefois, l'efficacité d'aucun autre des composés visés par le brevet 446 n'a été démontrée à cet égard. Par conséquent, l'invention consiste dans l'utilisation du sildénafil pour le traitement de la DÉ, ce qu'il faut divulguer pour satisfaire aux exigences du par. 27(3) de la Loi.

[73] Même si le brevet 446 renferme une déclaration selon laquelle [TRADUCTION] « un des composés particulièrement privilégiés cause une érection pénienne chez les hommes impuissants », le mémoire descriptif ne précise pas que le sildénafil représente le composé efficace, ni que le composé qui fonctionne figure à la revendication 7, ni que l'on a constaté l'inefficacité des autres composés dans le traitement de la DÉ (d.a., vol. X, p. 173). Les revendications sont présentées en « cascade », la revendication 1 correspondant à plus de 260 trillions de composés, les revendications 2 à 5 se rapportant à des nombres de composés de moins en moins importants et les revendications 6 et 7 ne visant chacune qu'un composé.

[74] Le public ne pouvait, à partir de sa divulgation dans le mémoire descriptif, « utiliser l'invention avec le même succès que l'inventeur, à l'époque de la demande », car même si un lecteur versé dans l'art aurait pu déduire que le composé efficace correspondait aux revendications 6 et 7, il lui aurait fallu effectuer d'autres essais pour déterminer lequel des deux était véritablement indiqué pour le traitement de la DÉ. Comme l'écrit le juge

at para. 146, “[a] skilled reader would then conduct tests on those two compounds and determine which of those compounds worked”. And as he also stated, at para. 135, “the skilled reader must undertake a minor research project to determine which claim is the true invention”.

[75] Pfizer argued in the Court of Appeal that Teva had already been able to make the same use of the invention having only the specification, because it had filed a submission with the Minister of Health for a drug product containing sildenafil (F.C.A., at para. 48). However, this does not change the fact that the specification required, at a minimum, “a minor research project” in order to determine whether Claim 6 or Claim 7 contained the correct compound. The fact that Teva carried out this minor research project is irrelevant to Pfizer’s obligation to fully disclose the invention. More importantly, what must be considered is whether a skilled reader having only the specification would have been able to put the invention into practice. The trial judge clearly found that the skilled reader would have had to undertake a minor research project to determine what the true invention was.

[76] Pfizer had the information needed to disclose the useful compound and chose not to release it. Even though Pfizer knew that the effective compound was sildenafil at the time it filed the application, it limited its description to the following statement:

In man, certain especially preferred compounds have been tested orally in both single dose and multiple dose volunteer studies. Moreover, patient studies conducted thus far have confirmed that one of the especially preferred compounds induces penile erection in impotent males. [Emphasis added; A.R., vol. X, at p. 173.]

It chose a method of drafting that failed to clearly set out what the invention was. Even now, in its factum to this Court, Pfizer offers no explanation as to why — knowing that Claim 7 contained the

de première instance au par. 146 : « [I]e lecteur versé dans l’art procéderait ensuite à des [essais] sur ces deux composés pour déterminer lequel fonctionne ». Il constate auparavant, au par. 135, que la description : « oblige le lecteur versé dans l’art à entreprendre un projet de recherche mineur pour déterminer quelle revendication constitue la véritable invention ».

[75] Pfizer a fait valoir en Cour d’appel que Teva est parvenue à la même utilisation de l’invention, alors qu’elle ne disposait que du mémoire descriptif, puisqu’elle a déposé auprès du ministre de la Santé une présentation dont l’objet était un médicament contenant du sildénafil (C.A.F., par. 48). Il demeure toutefois qu’« un projet de recherche mineur » s’imposait à tout le moins pour déterminer si, dans le mémoire descriptif, le bon composé était celui de la revendication 6 ou 7. Le fait que Teva a entrepris la recherche requise n’a pas d’incidence sur l’obligation de Pfizer de divulguer l’invention de manière complète. Il faut surtout se demander si le lecteur versé dans l’art est en mesure de mettre l’invention en pratique à partir du seul mémoire descriptif. De toute évidence, le juge de première instance conclut que le lecteur versé dans l’art doit se livrer à un minimum de recherche pour savoir quelle est la véritable invention.

[76] Pfizer disposait des données nécessaires pour préciser quel était le composé efficace, mais elle s’en est abstenue. Même si, lors du dépôt de sa demande, elle savait que le composé efficace était le sildénafil, son exposé se résume à ce qui suit :

[TRADUCTION] Chez l’humain, certaines composés particulièrement privilégiés ont été mis à l’essai par voie orale dans des études de doses uniques et de doses multiples chez des volontaires. De plus, les études cliniques menées jusqu’à présent ont confirmé qu’un des composés particulièrement privilégiés cause une érection pénienne chez les hommes impuissants. [Je souligne; d.a., vol. X, p. 173.]

Elle a opté pour une formulation qui ne décrit pas clairement l’invention. Même aujourd’hui, son mémoire ne précise pas les raisons pour lesquelles — sachant que la revendication 7

tested and thus, the useful, compound — it elected to withhold that information.

[77] This led the application judge to note:

By withholding from the public the identity of the only compound tested and found to work, sildenafil, the patent did not fully describe the invention. Obviously Pfizer made a conscious choice not to disclose the identity of the only compound found to work, and left the skilled reader guessing. This is contrary to the statutory requirement to fully disclose the invention. [Emphasis added; para. 136.]

[78] Perry and Currier agree. They say the following, at §8.55:

... an invention that is possessed of novelty, inventiveness and utility will not benefit from patent protection if the specification is insufficient or ambiguous. The description must explain the nature of the invention failing which the specification is ambiguous, and it must describe how the invention is put into operation failing which the specification is insufficient. In either case, the patent is invalid. [Emphasis added.]

[79] Whether or not a specification is sufficient depends on what a skilled person would consider to be sufficient: see, e.g., Perry and Currier, at §8.57. Expert evidence in this case reveals that there was no basis for a skilled person to determine which of Claim 6 and Claim 7 contained the useful compound. Pfizer's own expert witness admitted that a person skilled in the art who read the patent would not know which compound was shown by the study to be useful in treating ED (F.C., at para. 123).

[80] I would not make too much of the fact that Claim 1 included over 260 quintillion compounds. The practice of cascading claims — although it may, as in this case, result in claims that are overly broad — is a common one that does not necessarily interfere in every case with the public's right to disclosure. The skilled reader knows that, when a patent contains cascading claims, the useful claim will usually be the one at the end concerning an individual compound. The compounds that do not work are simply deemed invalid. In

correspond au composé mis à l'essai et, par conséquent, utile — elle décide de ne pas donner cette information.

[77] Le juge saisi de la demande écrit dès lors :

En cachant à la population l'identité du seul composé [qui a été testé et s'est avéré] efficace, le sildénafil, le brevet ne décrit pas entièrement l'invention. De toute évidence, Pfizer a décidé consciemment de ne pas divulguer l'identité du seul composé [qui s'est avéré] efficace et a laissé le lecteur versé dans l'art se perdre en conjectures. Cette pratique est contraire à l'exigence réglementaire de divulguer entièrement l'invention. [Je souligne; par. 136.]

[78] Perry et Currier en conviennent et affirment au §8.55 :

[TRADUCTION] ... une invention présentant le caractère de la nouveauté, de l'inventivité et de l'utilité ne jouit pas de la protection d'un brevet lorsque le mémoire descriptif est insuffisant ou ambigu. L'exposé doit expliquer la nature de l'invention, faute de quoi le mémoire descriptif est ambigu, et il doit préciser la manière dont l'invention peut être mise en application, faute de quoi le mémoire descriptif est insuffisant. Dans l'un ou l'autre cas, le brevet est invalide. [Je souligne.]

[79] C'est du point de vue de la personne versée dans l'art que le mémoire descriptif est jugé suffisant ou non : voir, p. ex., Perry et Currier, §8.57. Il ressort de la preuve d'expert qu'une personne versée dans l'art ne pouvait pas savoir lequel des composés mentionnés aux revendications 6 et 7 correspondait au composé utile. Le propre témoin expert de Pfizer a reconnu qu'une personne versée dans l'art n'aurait pu, à la lecture du brevet, déterminer quel était le composé dont l'étude avait démontré l'utilité dans le traitement de la DÉ (C.F., par. 123).

[80] Je n'attache pas beaucoup d'importance au fait que la revendication 1 vise plus de 260 trillions de composés. La revendication en cascade — même si sa portée peut se révéler exagérée, comme en l'espèce — est courante et ne compromet pas nécessairement le droit du public à la divulgation. Le lecteur versé dans l'art sait que dans ce type de revendication c'est habituellement le composé individuel revendiqué en dernier qui constitue le composé utile. Les revendications de composés non fonctionnels sont simplement réputées invalides. Conformément



accordance with s. 58, any valid claim — in this case, Claim 7 — survives despite the existence of invalid claims. However, the public's right to proper disclosure was denied in this case, since the claims ended with two individually claimed compounds, thereby obscuring the true invention. The disclosure failed to state in clear terms what the invention was. Pfizer gained a benefit from the Act — exclusive monopoly rights — while withholding disclosure in spite of its disclosure obligations under the Act. As a matter of policy and sound statutory interpretation, patentees cannot be allowed to “game” the system in this way. This, in my view, is the key issue in this appeal. It must be resolved against Pfizer.

#### H. *Remedy*

[81] I have reached the conclusion that Patent '446 does not comply with s. 27(3) of the Act. What is the appropriate remedy?

[82] The remedy for inadequate disclosure was stated by this Court in *Pioneer Hi-Bred*:

Canadian courts have stated in a number of cases the test to be applied in determining whether disclosure is complete. The applicant must disclose everything that is essential for the invention to function properly. To be complete, it must meet two conditions: it must describe the invention and define the way it is produced or built . . . . The applicant must define the nature of the invention and describe how it is put into operation. A failure to meet the first condition would invalidate the application for ambiguity, while a failure to meet the second invalidates it for insufficiency. The description must be such as to enable a person skilled in the art or the field of the invention to produce it using only the instructions contained in the disclosure . . . . [Emphasis added; citations omitted; pp. 1637-38.]

[83] In the case at bar, Patent '446 is insufficient, because a skilled reader having only the specification would not be able to put the invention into operation. Therefore, I find that the appellant has established its allegation under ss. 5(1)(b)(iii) and 5(3) of the *Regulations* that Patent '446 is not valid.

à l'art. 58, toute revendication valide — en l'occurrence, la revendication 7 — le demeure néanmoins. En l'espèce, toutefois, il y a atteinte au droit du public à une divulgation suffisante, car deux composés individuels sont revendiqués en dernier lieu, ce qui brouille l'identité véritable de l'invention. La divulgation ne précise pas en termes clairs quelle est l'invention. Pfizer obtient l'avantage prévu par la Loi — le monopole — sans s'acquitter de l'obligation de divulgation que lui impose la Loi. On ne saurait ni au plan des principes ni sous l'angle de la juste interprétation des lois permettre au breveté de se « jouer » ainsi du régime légal. Là réside à mon sens la question fondamentale que soulève le présent pourvoi, et celle-ci doit être tranchée au détriment de Pfizer.

#### H. *Réparation*

[81] J'arrive à la conclusion que le brevet 446 ne respecte pas le par. 27(3) de la Loi. Quelle réparation convient-il alors d'accorder?

[82] Dans *Pioneer Hi-Bred*, notre Cour se prononce sur la réparation qui convient en cas de divulgation inadéquate :

Les tribunaux canadiens ont eu l'occasion d'énoncer au cours des années le test qu'il faut appliquer pour savoir si la divulgation est complète. Le demandeur doit divulguer tout ce qui est essentiel au bon fonctionnement de l'invention. Afin d'être complète, celle-ci doit remplir deux conditions : l'invention doit y être décrite et la façon de la produire ou de la construire définie [ . . . ] Le demandeur doit définir la nature de l'invention et décrire la façon de la mettre en opération. Un manquement à la première condition invaliderait la demande parce qu'ambiguë alors qu'un manquement à la seconde l'invaliderait parce que non suffisamment décrite. Quant à la description, elle doit permettre à une personne versée dans l'art ou le domaine de l'invention de la construire à partir des seules instructions contenues dans la divulgation . . . [Je souligne; références omises; p. 1637-1638.]

[83] Dans la présente affaire, la divulgation est insuffisante, car le lecteur versé dans l'art ne saurait, à partir du seul mémoire descriptif, mettre l'invention en œuvre. Par conséquent, je conclus que l'appelante a fait la preuve de son allégation visée au sous-al. 5(1)(b)(iii) et au par. 5(3) du *Règlement* portant que le brevet 446 n'est pas valide.

[84] Although s. 27 does not specify a remedy for insufficient disclosure, the logical consequence of a failure to properly disclose the invention and how it works would be to deem the patent in question invalid. This flows from the *quid pro quo* principle underpinning the Act. If there is no *quid* — proper disclosure — then there can be no *quo* — exclusive monopoly rights.

[85] Pfizer, however, appears to argue that the patent cannot be deemed invalid, because Teva did not argue that s. 53 applies (R.F., at para. 82). Section 53 specifically states that a patent will be void if

any material allegation in the petition of the applicant in respect of the patent is untrue, or if the specification and drawings contain more or less than is necessary for obtaining the end for which they purport to be made, and the omission or addition is wilfully made for the purpose of misleading.

[86] Pfizer submits that Teva's argument about "concealment" of the useful compound in the patent is a thinly veiled accusation of fraud, but that Teva has never alleged that Patent '446 contravenes s. 53 (R.F., at para. 79). Further, Pfizer states that, "s. 27(3) . . . [was never] intended to address an allegation of deliberate deception" (R.F., at para. 80).

[87] There is a very simple response to Pfizer's submissions on this point. Even if s. 53 was not raised and its requirements were not met, this does not mean that the disclosure was adequate for the purposes of s. 27(3). These provisions can be independent of each other, as is the case here. Although wilful intent to mislead has not been alleged or proven in this case, insufficient disclosure has been alleged and I have found that it has been made out. Therefore, in the light of the remedy in *Pioneer Hi-Bred*, as I mentioned above, I hold that Teva has established its allegation that Patent '446 is not valid.

#### I. *Other Submissions*

[88] Pfizer and the intervener Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies argue that Teva's

[84] L'article 27 ne prévoit pas de réparation en cas d'insuffisance de la divulgation, mais l'omission de divulguer convenablement l'invention et son fonctionnement doit en toute logique emporter l'invalidité réputée du brevet. Telle est la conséquence du caractère synallagmatique du marché qui intervient sous le régime de la Loi. Faute de l'une des deux contreparties (*quid*) — la divulgation suffisante —, l'autre (*quo*) — le monopole — ne saurait exister.

[85] Cependant, Pfizer paraît avancer (m.i., par. 82) que le brevet ne peut être réputé invalide puisque Teva n'a pas invoqué l'art. 53, qui énonce expressément que le brevet est nul si

la pétition du demandeur, relative à ce brevet, contient quelque allégation importante qui n'est pas conforme à la vérité, ou si le mémoire descriptif et les dessins contiennent plus ou moins qu'il n'est nécessaire pour démontrer ce qu'ils sont censés démontrer, et si l'omission ou l'addition est volontairement faite pour induire en erreur.

[86] Pfizer plaide que l'allégation de Teva selon laquelle il y a eu [TRADUCTION] « dissimulation » du composé utile équivaut à une accusation à peine voilée de fraude. Or, Teva n'a jamais allégué que le brevet 446 contrevenait à l'art. 53 (m.i., par. 79). Pfizer ajoute que [TRADUCTION] « le par. 27(3) [. . .] [n'a jamais] été censé s'appliquer en cas de tromperie délibérée » (m.i., par. 80).

[87] Les prétentions de Pfizer peuvent aisément être repoussées. Même si l'art. 53 n'a pas été invoqué et que la preuve qui y est exigée n'a pas été offerte, la divulgation n'est pas pour autant conforme au par. 27(3). Ces dispositions peuvent s'appliquer indépendamment l'une de l'autre, ce qui est le cas en l'espèce. Bien que l'intention délibérée d'induire en erreur n'ait été ni alléguée ni prouvée, le caractère insuffisant de la divulgation a été allégué, et je conclus qu'il a été démontré. En conséquence, conformément à la réparation retenue dans l'arrêt *Pioneer Hi-Bred*, je le répète, je conclus que Teva a fait la preuve de son allégation portant que le brevet 446 n'est pas valide.

#### I. *Autres prétentions*

[88] Pfizer et l'intervenante Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada soutiennent

submissions are incompatible with Canada's international obligations, and more specifically with the *Patent Cooperation Treaty*, Can. T.S. 1990, No. 22, incorporated into Canadian law by the *Intellectual Property Law Improvement Act*, S.C. 1993, c. 15, s. 29(1). The essence of this argument is that Teva is advocating for an enhanced disclosure requirement which, Pfizer and the intervener says, is contrary to Canada's obligations under the Treaty.

[89] There is no need to address this argument at length. Since, as I have already explained, this is not a case about sound prediction, the Court does not need to consider whether a claim of utility that is based on sound prediction would impose an "enhanced" disclosure obligation on the patentee or whether such an "enhanced" disclosure obligation — if one existed — would be contrary to the Treaty. Neither the parties nor the interveners argue that the disclosure requirements of s. 27(3) violate any international obligations. The only issue in this case is whether the disclosure requirements set out in s. 27 of the Act were met. This argument must therefore fail.

[90] Finally, I will note that the delay of 13 years between the filing of the patent and Teva's challenge is inconsequential. As Nadon J.A. found in the reasons of the Federal Court of Appeal in this case, the relevant question is whether the disclosure was sufficient as of the date of filing. Consequently, the passage of time does not bar Teva's challenge.

#### V. Conclusion

[91] Therefore, I would allow the appeal with costs in this Court and in the courts below and hold that Teva established its allegation that Patent 2,163,446 is not valid, and dismiss Pfizer's application for an order of prohibition under s. 6(1) of the *Regulations*.

### APPENDIX

*Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4

que la thèse défendue par Teva viole les obligations contractées par le Canada à l'échelle internationale, en particulier dans le *Traité de coopération en matière de brevets*, R.T. Can. 1990, n° 22, incorporé au droit canadien par la *Loi d'actualisation de la propriété intellectuelle*, L.C. 1993, ch. 15, par. 29(1). Elles prétendent donc essentiellement que l'application — préconisée par TEVA — d'une exigence de divulgation accrue est contraire aux obligations du Canada sous le régime du traité.

[89] Il est inutile de s'attarder longuement à cette thèse. Puisque la prédiction valable n'est pas en cause — ce que j'explique précédemment —, notre Cour n'a pas à examiner si l'allégation d'utilité fondée sur une prédiction valable impose au breveté une obligation de divulgation « accrue », ni si cette obligation « accrue », à supposer qu'elle existe, est contraire au traité. Aucune des parties ou des intervenantes ne soutient que les exigences du par. 27(3) en matière de divulgation violent des obligations internationales. La seule question à résoudre en l'espèce est celle de savoir s'il y a respect ou non des exigences de divulgation prévues à l'art. 27 de la Loi. La prétention est donc écartée.

[90] Je signale en dernier lieu que les 13 années écoulées entre le dépôt de la demande de brevet et la contestation de Teva ne portent pas à conséquence. Comme l'indique le juge Nadon de la Cour d'appel fédérale, en l'espèce, la bonne question consiste à savoir si la divulgation était suffisante à la date du dépôt. Par conséquent, l'écoulement du temps ne fait pas obstacle à la contestation de Teva.

#### V. Conclusion

[91] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures, de conclure que Teva a fait la preuve de son allégation portant que le brevet 2 163 446 n'est pas valide et de rejeter la demande de Pfizer pour que soit prononcée une ordonnance d'interdiction en application du par. 6(1) du *Règlement*.

### ANNEXE

*Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4

2. . . .

“invention” means any new and useful art, process, machine, manufacture or composition of matter, or any new and useful improvement in any art, process, machine, manufacture or composition of matter;

. . . .

27. . . .

(3) The specification of an invention must

(a) correctly and fully describe the invention and its operation or use as contemplated by the inventor;

(b) set out clearly the various steps in a process, or the method of constructing, making, compounding or using a machine, manufacture or composition of matter, in such full, clear, concise and exact terms as to enable any person skilled in the art or science to which it pertains, or with which it is most closely connected, to make, construct, compound or use it;

(c) in the case of a machine, explain the principle of the machine and the best mode in which the inventor has contemplated the application of that principle; and

(d) in the case of a process, explain the necessary sequence, if any, of the various steps, so as to distinguish the invention from other inventions.

(4) The specification must end with a claim or claims defining distinctly and in explicit terms the subject-matter of the invention for which an exclusive privilege or property is claimed.

. . . .

**36.** (1) A patent shall be granted for one invention only but in an action or other proceeding a patent shall not be deemed to be invalid by reason only that it has been granted for more than one invention.

. . . .

(2.1) Where an application (the “original application”) describes and claims more than one invention, the applicant shall, on the direction of the Commissioner, limit the claims to one invention only, and any other invention disclosed may be made the subject of a

2. . . .

« invention » Toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l’un d’eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l’utilité.

. . . .

27. . . .

(3) Le mémoire descriptif doit :

a) décrire d’une façon exacte et complète l’invention et son application ou exploitation, telles que les a conçues son inventeur;

b) exposer clairement les diverses phases d’un procédé, ou le mode de construction, de confection, de composition ou d’utilisation d’une machine, d’un objet manufacturé ou d’un composé de matières, dans des termes complets, clairs, concis et exacts qui permettent à toute personne versée dans l’art ou la science dont relève l’invention, ou dans l’art ou la science qui s’en rapproche le plus, de confectionner, construire, composer ou utiliser l’invention;

c) s’il s’agit d’une machine, en expliquer clairement le principe et la meilleure manière dont son inventeur en a conçu l’application;

d) s’il s’agit d’un procédé, expliquer la suite nécessaire, le cas échéant, des diverses phases du procédé, de façon à distinguer l’invention en cause d’autres inventions.

(4) Le mémoire descriptif se termine par une ou plusieurs revendications définissant distinctement et en des termes explicites l’objet de l’invention dont le demandeur revendique la propriété ou le privilège exclusif.

. . . .

**36.** (1) Un brevet ne peut être accordé que pour une seule invention, mais dans une instance ou autre procédure, un brevet ne peut être tenu pour invalide du seul fait qu’il a été accordé pour plus d’une invention.

. . . .

(2.1) Si une demande décrit et revendique plus d’une invention, le demandeur doit, selon les instructions du commissaire, restreindre ses revendications à une seule invention, toute autre invention divulguée pouvant faire l’objet d’une demande complémentaire, si

divisional application, if the divisional application is filed before the issue of a patent on the original application.

**53.** (1) A patent is void if any material allegation in the petition of the applicant in respect of the patent is untrue, or if the specification and drawings contain more or less than is necessary for obtaining the end for which they purport to be made, and the omission or addition is wilfully made for the purpose of misleading.

(2) Where it appears to a court that the omission or addition referred to in subsection (1) was an involuntary error and it is proved that the patentee is entitled to the remainder of his patent, the court shall render a judgment in accordance with the facts, and shall determine the costs, and the patent shall be held valid for that part of the invention described to which the patentee is so found to be entitled.

**58.** When, in any action or proceeding respecting a patent that contains two or more claims, one or more of those claims is or are held to be valid but another or others is or are held to be invalid or void, effect shall be given to the patent as if it contained only the valid claim or claims.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.*

*Solicitors for the respondents Pfizer Canada Inc., Pfizer Inc., Pfizer Ireland Pharmaceuticals and Pfizer Research and Development Company N.V./S.A.: Torys, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Generic Pharmaceutical Association: Heenan Blaikie, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

celle-ci est déposée avant la délivrance d'un brevet sur la demande originale.

**53.** (1) Le brevet est nul si la pétition du demandeur, relative à ce brevet, contient quelque allégation importante qui n'est pas conforme à la vérité, ou si le mémoire descriptif et les dessins contiennent plus ou moins qu'il n'est nécessaire pour démontrer ce qu'ils sont censés démontrer, et si l'omission ou l'addition est volontairement faite pour induire en erreur.

(2) S'il apparaît au tribunal que pareille omission ou addition est le résultat d'une erreur involontaire, et s'il est prouvé que le breveté a droit au reste de son brevet, le tribunal rend jugement selon les faits et statue sur les frais. Le brevet est réputé valide quant à la partie de l'invention décrite à laquelle le breveté est reconnu avoir droit.

**58.** Lorsque, dans une action ou procédure relative à un brevet qui renferme deux ou plusieurs revendications, une ou plusieurs de ces revendications sont tenues pour valides, mais qu'une autre ou d'autres sont tenues pour invalides ou nulles, il est donné effet au brevet tout comme s'il ne renfermait que la ou les revendications valides.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.*

*Procureurs des intimées Pfizer Canada Inc., Pfizer Inc., Pfizer Ireland Pharmaceuticals et Pfizer Research and Development Company N.V./S.A. : Torys, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne du médicament générique : Heenan Blaikie, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

**Professional Institute of the Public Service of Canada, Canadian Merchant Service Guild, Federal Government Dockyard Trades and Labour Council (East), International Brotherhood of Electrical Workers, Federal Government Dockyard Chargehands Association, Research Council Employees' Association, Association of Public Service Financial Administrators, Professional Association of Foreign Service Officers, Federal Government Dockyard Trades and Labour Council (West), Canadian Association of Professional Radio Operators, Canadian Air Traffic Control Association, Canadian Military Colleges Faculty Association and Federal Superannuates National Association** *Appellants*

v.

**Attorney General of Canada** *Respondent*

- and -

**Public Service Alliance of Canada** *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada** *Respondent*

- and -

**Armed Forces Pensioners'/Annuitants' Association of Canada, Association des Membres de la Police Montée du Québec, British Columbia Mounted Police Professional Association, Mounted Police Association of Ontario and Canadian Association of Professional Employees** *Appellants*

v.

**Institut professionnel de la fonction publique du Canada, Guilde de la Marine Marchande du Canada, Conseil des métiers et du travail des chantiers maritimes du gouvernement fédéral (est), Fraternité internationale des ouvriers en électricité, Association des chefs d'équipe des chantiers maritimes du gouvernement fédéral, Association des employés du Conseil de recherches, Association des gestionnaires financiers de la fonction publique, Association professionnelle des agents du Service extérieur, Conseil des métiers et du travail des chantiers maritimes du gouvernement fédéral (ouest), Association canadienne des professionnels de l'exploitation radio, Association canadienne du contrôle du trafic aérien, Association des professeurs(es) des collèges militaires du Canada et Association nationale des retraités fédéraux** *Appellants*

c.

**Procureur général du Canada** *Intimé*

- et -

**Alliance de la Fonction publique du Canada** *Appelante*

c.

**Procureur général du Canada** *Intimé*

- et -

**Association canadienne des pensionnés et rentiers militaires, Association des Membres de la Police Montée du Québec, British Columbia Mounted Police Professional Association, Association de la police montée de l'Ontario et Association canadienne des employés professionnels** *Appelantes*

c.

**Attorney General of Canada** *Respondent*

and

**Attorney General of British  
Columbia** *Intervener*

**INDEXED AS: PROFESSIONAL INSTITUTE OF THE  
PUBLIC SERVICE OF CANADA v. CANADA (ATTORNEY  
GENERAL)**

**2012 SCC 71**

File No.: 33968.

2012: February 9; 2012: December 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Pensions — Pension plans — Surplus — Public sector pension plans administered by government — Government amortizing actuarial surpluses in Superannuation Accounts — New legislation coming into force on April 1, 2000 amending Superannuation Acts — Government debiting over \$28 billion directly from Superannuation Accounts on basis of new legislation — Whether Superannuation Accounts contain assets — Whether government owes fiduciary duty to Plan members — Whether constructive trust should be imposed over balances in Superannuation Accounts as of March 31, 2000 — Whether new legislation authorizing government to debit actuarial surpluses in Superannuation Accounts — Public Service Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. P-36 — Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. C-17 — Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. R-11 — Public Sector Pension Investment Board Act, S.C. 1999, c. 34.*

There are three pension plans involved in this appeal (the “Plans”). They were established by statute for each of the three groups: substantially all those who are employed in the federal public service; the members

**Procureur général du Canada** *Intimé*

et

**Procureur général de la Colombie-  
Britannique** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : INSTITUT PROFESSIONNEL DE  
LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA c. CANADA  
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**2012 CSC 71**

N° du greffe : 33968.

2012 : 9 février; 2012 : 19 décembre.

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

*Pensions — Régimes de pension — Surplus — Régimes de pension du secteur public administrés par le gouvernement — Amortissement par le gouvernement de surplus actuariels dans les comptes de pension de retraite — Lois sur les pensions modifiées par de nouvelles dispositions législatives entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2000 — Gouvernement ayant porté plus de 28 milliards de dollars directement au débit des comptes de pension de retraite en application des nouvelles dispositions — Les comptes de pension de retraite contiennent-ils des éléments d'actif? — Le gouvernement a-t-il une obligation fiduciaire envers les membres des régimes? — Une fiducie par interprétation devrait-elle être imposée relativement aux soldes des comptes de pension de retraite au 31 mars 2000? — Les nouvelles dispositions législatives autorisaient-elles le gouvernement à porter les surplus actuariels au débit des comptes de pension de retraite? — Loi sur la pension de la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-36 — Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, L.R.C. 1985, ch. C-17 — Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, ch. R-11 — Loi sur l'Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public, L.C. 1999, ch. 34.*

Trois régimes de pension sont en cause dans le pourvoi (les « régimes »). Ils ont été créés par le législateur pour chacun des trois groupes suivants : essentiellement tous les membres de la fonction publique fédérale; les

of the RCMP; and the regular force of the Canadian Forces (the “Plan members”). Each Plan is administered by the Government of Canada, and each is a contributory, defined benefit plan. The statutes governing the Plans establish for each one a “Superannuation Account”, which records payments into and out of the Plan. In the 1990s, the credits to the Superannuation Accounts began to reflect actuarial surpluses (meaning that the credits exceeded the estimated cost of providing pension benefits). By March 1999, the total surpluses of the three Plans had reached approximately \$30.9 billion. There are two relevant time periods in this appeal. The first period is up to and including March 31, 2000. It precedes the coming into force of the *Public Sector Pension Investment Board Act*, S.C. 1999, c. 34 (“Bill C-78”), legislation that amended the *Superannuation Acts* (*PSSA*; *CFSA* and *RCMPSA*) and, thus, the Plans. The second period begins on April 1, 2000, when Bill C-78 came into effect.

Beginning with the 1990-91 Public Accounts (Canada’s annual financial reports), the government began to “amortize” the actuarial surpluses in the Superannuation Accounts. The effect of this “amortization” was twofold: it reduced the government’s annual budget deficit (or increased the annual budget surplus) by reducing annual pension expenditures, and it brought the government’s net debt down by reducing the net pension liabilities to an amount closer to the actuarial estimates of the government’s future pension obligations.

In 1999, the government introduced Bill C-78, which came into force on April 1, 2000. It made significant changes to the *Superannuation Acts* and changed the way in which contributions to the Plans were collected, managed and distributed. It established a Pension Fund in each of the *Superannuation Acts* that replaced the Superannuation Accounts for post-March 31, 2000 service. Since April 1, 2000, employee and government contributions in respect of current service have been made to the Pension Funds. All benefits for pensionable service prior to April 1, 2000, when paid, are charged to the appropriate Superannuation Account. However, benefits paid for service thereafter are paid from the appropriate Pension Fund. Bill C-78 also required the Minister to debit from the Superannuation Account certain amounts in excess of specified actuarial surplus ceilings. Unlike the effect of the prior amortization practice, on the basis of Bill C-78, the government debited over \$28 billion directly from the Superannuation

membres de la GRC; les membres de la force régulière des Forces canadiennes (les « membres des régimes »). Les trois régimes sont administrés par le gouvernement du Canada et sont des régimes contributifs à prestations déterminées. Les lois régissant ces régimes prévoient pour chacun la constitution d’un « compte de pension de retraite », où sont inscrits les montants versés dans le régime et ceux qui en sont retirés. Pendant les années 1990, ces comptes ont commencé à afficher des surplus actuariels (c’est-à-dire que les montants portés à leur crédit excédaient les coûts estimatifs du versement des prestations). Au mois de mars 1999, le total des surplus accumulés par les trois régimes atteignait plus ou moins 30,9 milliards de dollars. Deux périodes sont visées par le pourvoi. La première va jusqu’au 31 mars 2000 inclusivement, soit la période précédant l’entrée en vigueur de la *Loi sur l’Office d’investissement des régimes de pensions du secteur public*, L.C. 1999, ch. 34 (le « projet de loi C-78 »), qui a modifié les lois sur les pensions (*LPPF*, *LPRFC* et *LPRGRC*) et, par conséquent, les régimes. La seconde commence le 1<sup>er</sup> avril 2000, date d’entrée en vigueur du projet de loi C-78.

Dans les Comptes publics (les rapports financiers annuels du Canada) de 1990-1991, le gouvernement a commencé à « amortir » les surplus actuariels des comptes de pension de retraite. Cet « amortissement » a eu un double effet : il a réduit le déficit budgétaire annuel du gouvernement (ou accru le surplus budgétaire annuel), en abaissant les charges de retraite annuelles, et il a ramené à un niveau inférieur la dette nette du gouvernement en rabaissant le montant net du passif au titre des pensions de retraite à un niveau plus près des estimations actuarielles des engagements à venir du gouvernement au titre des pensions.

En 1999, le gouvernement a présenté le projet de loi C-78, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2000, qui a apporté des changements substantiels aux lois sur les pensions et changé le mode de perception, de gestion et de distribution des contributions aux régimes. En remplacement de chacun des comptes de pension de retraite prévus par les lois sur les pensions, il a établi une caisse de retraite à l’égard du service postérieur au 31 mars 2000. Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2000, les contributions des employés et du gouvernement relativement au service courant sont versées aux caisses de retraite. Les prestations afférentes au service ouvrant droit à pension antérieur au 1<sup>er</sup> avril 2000 sont payées sur le compte de pension de retraite approprié, mais les prestations afférentes au service postérieur à cette date sont imputées à la caisse de retraite appropriée. Le projet de loi C-78 obligeait le ministre à débiter les comptes de pension de retraite de certains montants excédant le plafond établi pour les surplus actuariels. En application du projet



Accounts, thereby reducing the actuarial surplus in those accounts.

Various unions and associations filed suit, seeking relief that would require the government to return \$28 billion to the Plans. The trial judge dismissed the claims and the Ontario Court of Appeal upheld the decision. In their appeal in this Court, they seek a declaration that the Plan members have an equitable interest in the outstanding balance in the Superannuation Accounts as of March 31, 2000. They also seek a declaration that Bill C-78 does not authorize the reduction from the Superannuation Accounts of any amount in which Plan members have an equitable interest without compensation. They seek an order that the Superannuation Accounts be credited with all amounts that were removed following Bill C-78 in which the Plan members have an equitable interest, together with interest.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The Superannuation Accounts are legislated records and do not contain assets in which the Plan members have a legal or equitable interest. The Plan members' interests are limited to their interest in the defined benefits to which they are entitled under the Plans. The *Superannuation Acts* created the Accounts to track Plan-related Consolidated Revenue Fund ("CRF") transactions and to estimate the government's pension liabilities to Plan members. In this way, they are accounting records, not funded and segregated pools of assets. When the word "assets" is used in the legislation in reference to the Superannuation Accounts, it merely signifies their credit balances, not anything of value to which the Plan members could have an interest. Even if reference to extrinsic aids was appropriate, the extrinsic evidence available is inconclusive. Nor does it afford insight into the intention of Parliament when creating the Superannuation Accounts.

The courts below were correct to reject the theory that the government borrowed from the Accounts, placing in them promises to pay by the government (the purported assets in the Accounts). This theory is inconsistent with the legislation in that it assumes that the

de loi C-78, qui produisait des effets différents de la méthode d'amortissement antérieure, le gouvernement a porté plus de 28 milliards de dollars directement au débit des comptes de pension de retraite, réduisant ainsi leurs surplus actuariels.

Des syndicats et des associations ont poursuivi le gouvernement pour obtenir la restitution des 28 milliards de dollars aux régimes de pension. Le juge de première instance a rejeté leurs demandes et la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé sa décision. Dans leur pourvoi, ils demandent à notre Cour de rendre un jugement déclaratoire portant que les membres des régimes possèdent un intérêt en equity dans le solde des comptes de pension de retraite au 31 mars 2000. Ils demandent également à la Cour de déclarer que le projet de loi C-78 ne permet pas de réduire sans indemnisation quelque montant que ce soit des comptes de pension de retraite dans lequel les membres des régimes ont un intérêt en equity. Ils demandent aussi que soient portés au crédit des comptes de pension de retraite tout montant dans lequel les membres des régimes ont un intérêt en equity et qui en a été retiré à la suite du projet de loi C-78, ainsi que les intérêts y afférents.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Les comptes de pension de retraite sont des livres comptables prescrits par la loi, et ils ne contiennent pas d'éléments d'actif dans lesquels les appelants posséderaient un intérêt en common law ou en equity. L'intérêt des membres des régimes ne va pas au-delà de leur droit aux prestations déterminées prévues par les régimes. Les lois sur les pensions ont établi ces comptes pour suivre les opérations effectuées dans le Trésor à l'égard des régimes et pour estimer les engagements du gouvernement envers les membres des régimes au titre des pensions. Ils constituent donc des documents comptables, et non des portefeuilles d'éléments d'actif capitalisés et distincts. Le mot « actif », employé dans les dispositions législatives à l'égard des comptes de pension de retraite, s'entend simplement du solde créditeur des comptes, et non d'une chose de valeur dans laquelle les appelants pourraient posséder un intérêt. Même si le recours à des moyens extrinsèques était approprié pour déterminer si, en l'espèce, les comptes de pension de retraite contiennent des éléments d'actif, la preuve extrinsèque n'est pas concluante. Elle ne nous éclaire pas non plus sur l'intention que poursuivait le législateur en créant les comptes de pension de retraite.

C'est à bon droit que les juridictions inférieures ont rejeté la théorie selon laquelle le gouvernement avait emprunté aux comptes contre des promesses de remboursement (les éléments d'actif censés s'y trouver). Cette théorie ne cadre pas avec les dispositions

government was required to contribute property into the Accounts in the first place. As the Accounts are no more than accounting records, this would have been impossible. Prior to April 1, 2000, all of the real money associated with Canada's pension scheme remained unsegregated in the CRF, until benefits were actually paid — out of the CRF — to Plan members. The superannuation scheme reflects “internal borrowing” only in the sense that it avoids, by design, the need for the external borrowing that would otherwise be required to finance the government's pension obligations. The Superannuation Accounts are just accounting records and they are not funds, nor are they “trust-like”, such that it is possible to borrow from them.

As the Superannuation Accounts do not contain assets, there was no property in respect of which Plan members can have a legal or equitable interest. However, even if the Accounts did contain assets, it has not been established that the Plan members have a proprietary interest in either their contributions made or in the government credits under the *Superannuation Acts*. On a plain reading of the *Superannuation Acts*, there is no suggestion that the Plan members have a proprietary interest in their contributions. Contributing employees can claim no continuing property interest in these amounts. In exchange for their contributions, and with each year of pensionable service, employees gain a legal entitlement to a future benefit. It has been asserted that employees have an interest in both the employee and employer contributions, plus interest, on the basis that they form part of employees' total compensation. Even if it were to be assumed that employees have an interest in the contributions at the point in time at which their salaries are to be paid to them, no interest in these amounts could survive the requirement in the *Superannuation Acts* that they be paid into the CRF and credited to the Accounts. Rather, this is the “cost” paid by employees for the future legal entitlement to their statutorily defined benefits. The *Superannuation Acts* also do not establish that employees have an equitable interest in the amounts credited to the Accounts. They provide only a legal entitlement to statutorily defined pension benefits.

Nor was the government subject to a fiduciary obligation in favour of the Plan members with respect to the actuarial surplus. In this case, the government does not fall into any of the *per se* fiduciary relationships. It is contended that the government is in a recognized

législatives, car elle postule que le gouvernement était tenu de contribuer aux comptes en y plaçant des biens. Les comptes n'étant que des documents comptables, cela aurait été impossible. Avant le 1<sup>er</sup> avril 2000, les fonds réels liés au système de pension du gouvernement étaient indistinctement incorporés au Trésor, jusqu'au paiement — sur le Trésor — des prestations aux membres des régimes. On ne peut parler d'« emprunt interne » à l'égard du régime de pension qu'au sens où le régime, tel qu'il est conçu, évite le recours aux emprunts externes qui seraient autrement nécessaires pour financer les obligations du gouvernement au titre des pensions. Les comptes de pension de retraite ne sont que des documents comptables et non des caisses et ils ne s'« apparente[nt] » pas à des fiducies, de sorte qu'il n'est pas possible d'emprunter à ces comptes.

Comme les comptes de pension de retraite ne contiennent pas d'éléments d'actif, il n'existait aucun bien dans lequel les membres des régimes peuvent avoir un intérêt en common law ou en equity. Toutefois, même en supposant que les comptes contiennent des éléments d'actif, il n'a pas été établi que les membres des régimes ont un intérêt propriétaire dans les contributions qu'ils ont versées ou les crédits gouvernementaux prévus par les lois sur les pensions. Selon le sens ordinaire des lois sur les pensions, celles-ci n'indiquent pas que les membres des régimes possèdent un intérêt propriétaire dans leurs contributions. Les fonctionnaires qui ont contribué aux régimes ne peuvent revendiquer aucun intérêt propriétaire toujours existant dans ces montants. En contrepartie de leurs contributions, et de chacune de leurs années de service ouvrant droit à pension, ils acquièrent le droit à des prestations futures. On a soutenu que les employés possèdent un intérêt dans leurs contributions et celles de l'employeur, ainsi que dans les intérêts qu'elles produisent, car ces sommes font partie de leur rémunération totale. Même en supposant qu'un tel intérêt existe à la date où les employés doivent toucher leur salaire, il ne saurait survivre à l'exigence établie dans les lois sur les pensions que ces contributions soient versées au Trésor et portées au crédit des comptes. En fait, les contributions représentent le « coût » assumé par les employés pour leur droit futur aux prestations déterminées prévues par la loi. Les lois sur les pensions n'établissent pas non plus que les employés ont un intérêt en equity dans les sommes portées au crédit des comptes. Elles confèrent uniquement un droit aux prestations déterminées qui y sont prévues.

Le gouvernement n'avait aucune obligation fiduciaire envers les membres des régimes à l'égard des surplus actuariels. La relation en cause en l'espèce ne fait partie d'aucune des catégories de relations fiduciaires par nature. On affirme que le gouvernement, en tant

fiduciary role in its capacity as a pension plan administrator; however, it is not necessary to decide the precise ambit of any potential fiduciary duty that might arise between the government, as pension plan administrator, and the beneficiaries of the plan, or whether the relationship inherently carries with it some set of fiduciary obligations. It is clear that the government had no fiduciary duty to the Plan members with respect to the actuarial surplus. There was no *ad hoc* fiduciary relationship between the government and the Plan members with respect to the actuarial surplus reflected in the Superannuation Accounts. Most importantly, the government did not undertake, either expressly or impliedly, to act in the best interests of the Plan members with respect to the actuarial surplus. Without such an undertaking of loyalty in favour of these particular stakeholders, the government's duty was to act in the best interests of society as a whole. This is inconsistent with the existence of a fiduciary duty. Moreover, while the government exercised discretion in its accounting treatment of the surpluses in the Superannuation Accounts, the Plan members were not vulnerable to that discretion, nor did they have any legal or practical interest at stake. The effect of the amortization was to disclose more accurately Canada's actual pension obligations, not to affect Plan members' statutory entitlements under the Plans.

Further, a constructive trust should not be imposed over the balances in the Superannuation Accounts as of March 31, 2000. There was no enrichment and corresponding deprivation, and a *prima facie* case of unjust enrichment has not been established. As the Superannuation Accounts are mere accounting records, and do not contain assets in which the Plan members have an interest, no enrichment and corresponding deprivation can be found in either (1) the government's decision prior to April 1, 2000, to amortize the surpluses for accounting purposes, or (2) Parliament's decision to enact Bill C-78 to require the debiting of a portion of the surplus directly from the Accounts.

Bill C-78 authorized the government to debit the actuarial surpluses in the Superannuation Accounts. The courts below did not err in determining that the Plan members have no equitable interest in the surpluses in the Superannuation Accounts. Bill C-78 thus could not have expropriated the Plan members' property. Further, the *Superannuation Acts* are unambiguous in establishing that the Minister *may* debit any actuarial surplus

qu'administrateur des régimes, exerce des fonctions fiduciaires reconnues. Il n'est toutefois pas nécessaire de déterminer quelle serait l'étendue précise d'une obligation fiduciaire susceptible d'exister entre le gouvernement, en qualité d'administrateur des régimes de pension, et les bénéficiaires des régimes, ni si leur relation emporte intrinsèquement certaines obligations fiduciaires. Il est clair que le gouvernement n'avait aucune obligation fiduciaire envers les membres des régimes à l'égard des surplus actuariels. Il n'existait pas de relation fiduciaire *ad hoc* entre le gouvernement et les membres des régimes à l'égard des surplus actuariels qu'affichaient les comptes de pension de retraite. Point plus important, le gouvernement ne s'est pas engagé, de façon expresse ni implicite, à agir dans l'intérêt des membres relativement aux surplus actuariels. Le devoir du gouvernement, en l'absence d'un tel engagement de loyauté envers ce groupe particulier, consistait à agir dans l'intérêt de la société en général, ce qui n'est pas compatible avec l'existence d'une obligation fiduciaire. De plus, bien que le gouvernement ait exercé un pouvoir discrétionnaire à l'égard du traitement comptable des surplus des comptes de pension de retraite, les membres des régimes n'étaient pas en position de vulnérabilité face à ce pouvoir et ils n'avaient aucun intérêt juridique ou pratique en jeu. L'amortissement avait pour effet de présenter avec plus d'exactitude à combien se chiffraient les engagements réels du Canada au titre des pensions, et non de modifier les droits conférés par la loi aux membres des régimes.

De plus, il n'y a pas lieu d'imposer une fiducie par interprétation relativement aux soldes des comptes de pension de retraite au 31 mars 2000. Il n'y a pas eu d'enrichissement et appauvrissement corrélatif, et la preuve *prima facie* de l'enrichissement injustifié n'a pas été établie. Les comptes de pension de retraite étant de simples documents comptables qui ne contiennent pas d'éléments d'actif dans lesquels les appelants pourraient avoir un intérêt, ni (1) la décision prise par le gouvernement avant le 1<sup>er</sup> avril 2000 d'amortir les surplus à des fins comptables, ni (2) la décision du législateur d'édicter le projet de loi C-78 exigeant qu'une partie des surplus soit portée directement au débit des comptes ne peuvent donner lieu à un enrichissement et à un appauvrissement corrélatif.

Le projet de loi C-78 autorisait le gouvernement à porter les surplus actuariels au débit des comptes de pension de retraite. Les juridictions inférieures n'ont pas commis d'erreur en statuant que les membres des régimes n'avaient pas d'intérêt en equity dans les surplus des comptes de pension de retraite. Il s'ensuit que le projet de loi C-78 ne peut avoir exproprié les membres d'un bien. En outre, les lois sur les pensions établissent

and *must* debit all amounts exceeding 110 percent of the estimated liability under the Plans. Moreover, it is “extremely clear” that Parliament did not intend any compensation to be given to the Plan members for these debits, whether or not this constituted expropriation. It would be absurd to read Bill C-78 as requiring the government to debit excess amounts and then compensate the Plan members for the amounts debited. Such an interpretation would be to convert the relevant provisions of Bill C-78 into a distribution mechanism — where the surpluses would be reduced and the Plan members would receive some form of compensation in lieu of having surpluses in the Accounts — which was quite clearly not Parliament’s intent.

### Cases Cited

**Applied:** *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; **distinguished:** *Burke v. Hudson’s Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222; **referred to:** *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Gladstone v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 21, [2005] 1 S.C.R. 325; *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2000 SCC 64, [2000] 2 S.C.R. 919.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Civil Service Superannuation Act*, S.C. 1944-45, c. 34, s. 6.  
*Act to amend the Militia Pension Act*, S.C. 1946, c. 59, s. 6.  
*Act to amend the Royal Canadian Mounted Police Act*, S.C. 1947-48, c. 28, s. 10.

de façon non équivoque que le ministre *peut* porter un surplus actuariel au débit des comptes et qu’il *doit* porter au débit tout montant dépassant 110 pour 100 du passif estimatif au titre des pensions. Qui plus est, il est « très clair » que le législateur ne prévoyait pas que ces débits, qu’ils constituent ou non une expropriation, donnent lieu au versement d’une indemnité aux membres des régimes. Il serait absurde de considérer que le projet de loi C-78 exige que le gouvernement porte les sommes excédentaires au débit des comptes et lui impose ensuite de verser une indemnité aux membres des régimes pour les montants ainsi débités. Une telle interprétation convertirait les dispositions pertinentes du projet de loi C-78 en un mécanisme de distribution — pourvoyant à la réduction des surplus et à une forme d’indemnisation des membres des régimes pour remplacer les surplus — alors que cela n’était clairement pas l’intention du législateur.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; **distinction d’avec les arrêts :** *Burke c. Cie de la Baie d’Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273; *Bande et nation indiennes d’Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; **arrêts mentionnés :** *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743; *États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Gladstone c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 21, [2005] 1 R.C.S. 325; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2000 CSC 64, [2000] 2 R.C.S. 919.

### Lois et règlements cités

*Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. 1985, ch. 32 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 4.  
*Loi modifiant la Loi de la pension du service civil*, S.C. 1944-45, ch. 34, art. 6.  
*Loi modifiant la Loi de la Royale gendarmerie à cheval du Canada*, S.C. 1947-48, ch. 28, art. 10.

- Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. C-17, s. 55(9) to (13).
- Canadian Forces Superannuation Act*, S.C. 1959, c. 21.
- Civil Service Superannuation Act*, R.S.C. 1952, c. 50, s. 21.
- Defence Services Pension Act*, R.S.C. 1952, c. 63.
- Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, ss. 2 “Consolidated Revenue Fund”, “money”, “negotiable instrument”, “public money”, 17, 63, 64.
- Financial Administration Act*, S.C. 1951, c. 12, s. 2(e) “Consolidated Revenue Fund”.
- Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14.
- Pension Benefits Standards Act, 1985*, R.S.C. 1985, c. 32 (2nd Supp.), s. 4.
- Public Pensions Reporting Act*, R.S.C. 1985, c. 13 (2nd Supp.), ss. 5, 7, 8, 9(1).
- Public Sector Pension Investment Board Act*, S.C. 1999, c. 34, s. 4.
- Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22 [as en. by *Public Service Modernization Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2], ss. 2(1) “employee”, “public service”, 113.
- Public Service Modernization Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2.
- Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1985, c. P-35 [rep. 2003, c. 22, s. 285], ss. 2 “employee”, 57.
- Public Service Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. P-36, ss. 3(1) “Superannuation Act”, 4, 43, 44, 45.
- Public Service Superannuation Act*, S.C. 1952-53, c. 47, s. 33.
- Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1952, c. 241.
- Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. R-11, s. 29(9) to (13).
- Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*, S.C. 1959, c. 34.
- Loi modifiant la Loi des pensions de la milice*, S.C. 1946, ch. 59, art. 6.
- Loi sur l’administration financière*, S.C. 1951, ch. 12, art. 2e) « Fonds du revenu consolidé ».
- Loi sur l’Office d’investissement des régimes de pensions du secteur public*, L.C. 1999, ch. 34, art. 4.
- Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1952, ch. 241.
- Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 2 « effet de commerce », « fonds », « fonds publics », « Trésor », 17, 63, 64.
- Loi sur la modernisation de la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2.
- Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-36, art. 3(1) « Loi sur la pension de retraite », 4, 43, 44, 45.
- Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. R-11, art. 29(9) à (13).
- Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, S.C. 1959, ch. 34.
- Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. 1985, ch. C-17, art. 55(9) à (13).
- Loi sur la pension de retraite des forces canadiennes*, S.C. 1959, ch. 21.
- Loi sur la pension du service civil*, S.R.C. 1952, ch. 50, art. 21.
- Loi sur la pension du service public*, S.C. 1952-53, ch. 47, art. 33.
- Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14.
- Loi sur les pensions des services de défense*, S.R.C. 1952, ch. 63.
- Loi sur les rapports relatifs aux pensions publiques*, L.R.C. 1985, ch. 13 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 5, 7, 8, 9(1).
- Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22 [éd. par la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2] art. 2(1) « fonction publique », « fonctionnaire », 113.
- Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-35 [abr. 2003, ch. 22, art. 285], art. 2 « fonctionnaire », 57.

### Authors Cited

- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VI, 3rd Sess., 34th Parl., February 24, 1992, p. 7486.
- Canada. Receiver General for Canada. *Public Accounts of Canada 1996*, vol. I, *Summary Report and Financial Statements*. Ottawa: Treasury Board, 1996.
- Canada. Receiver General for Canada. *Public Accounts of Canada 1997*, vol. I, *Summary Report and Financial Statements*. Ottawa: Treasury Board, 1997.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

### Doctrine et autres documents cités

- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 24 février 1992, p. 7486.
- Canada. Receveur général du Canada. *Comptes publics du Canada 1996*, vol. I, *Revue et États financiers*. Ottawa : Conseil du Trésor, 1996.
- Canada. Receveur général du Canada. *Comptes publics du Canada 1997*, vol. I, *Revue et États financiers*. Ottawa : Conseil du Trésor, 1997.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Gillese and Juriansz JJ.A.), 2010 ONCA 657, 102 O.R. (3d) 241, 275 O.A.C. 40, 84 C.C.P.B. 161, [2010] O.J. No. 4248 (QL), 2010 CarswellOnt 7532, affirming a decision of Panet J. (2007), 66 C.C.P.B. 54, 2007 CanLII 50603, [2007] O.J. No. 4577 (QL), 2007 CarswellOnt 7541. Appeal dismissed.

*Paul J. J. Cavalluzzo, Hugh O'Reilly and Amanda Darrach*, for the appellants the Professional Institute of the Public Service of Canada et al.

*James Cameron, Andrew Raven and Andrew Astritis*, for the appellants the Public Service Alliance of Canada, the Armed Forces Pensioners'/Annuitants' Association of Canada et al.

*Peter Southey, Dale Yurka and Christine Mohr*, for the respondent.

Written submissions only by *J. Gareth Morley*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

## I. Introduction

[1] This appeal concerns three statutory, public sector pension plans, the members of which are federal public service employees, members of the Canadian Forces, and members of the RCMP. Each plan is administered by the Government of Canada, and each is a contributory, defined benefit plan.

[2] The statutes governing the plans establish for each one a “Superannuation Account”, which records payments into and out of the plan. In the 1990s, the credits to the Superannuation Accounts began to reflect actuarial surpluses (meaning that the credits exceeded the estimated cost of providing pension benefits). By March 1999, the total surpluses of the three plans had reached approximately \$30.9 billion.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Laskin, Gillese et Juriansz), 2010 ONCA 657, 102 O.R. (3d) 241, 275 O.A.C. 40, 84 C.C.P.B. 161, [2010] O.J. No. 4248 (QL), 2010 CarswellOnt 7532, qui a confirmé une décision du juge Panet (2007), 66 C.C.P.B. 54, 2007 CanLII 50603, [2007] O.J. No. 4577 (QL), 2007 CarswellOnt 7541. Pourvoi rejeté.

*Paul J. J. Cavalluzzo, Hugh O'Reilly et Amanda Darrach*, pour les appelants l’Institut professionnel de la fonction publique du Canada et autres.

*James Cameron, Andrew Raven et Andrew Astritis*, pour les appelantes l’Alliance de la Fonction publique du Canada, l’Association canadienne des pensionnés et rentiers militaires et autres.

*Peter Southey, Dale Yurka et Christine Mohr*, pour l’intimé.

Argumentation écrite seulement par *J. Gareth Morley*, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

## I. Introduction

[1] Le pourvoi concerne trois régimes de pension du secteur public, établis par une loi, dont les participants sont des fonctionnaires fédéraux et des membres des Forces canadiennes ou de la GRC. Les trois régimes sont administrés par le gouvernement du Canada et sont des régimes contributifs à prestations déterminées.

[2] Les lois régissant ces régimes prévoient pour chacun la constitution d’un « compte de pension de retraite », où sont inscrits les montants versés dans le régime et ceux qui en sont retirés. Pendant les années 1990, ces comptes ont commencé à afficher des surplus actuariels (c’est-à-dire que les montants portés à leur crédit excédaient les coûts estimatifs du versement des prestations). Au mois de mars 1999, le total des surplus accumulés par les trois régimes atteignait plus ou moins 30,9 milliards de dollars.

[3] Beginning with the 1990-91 Public Accounts (Canada's annual financial reports), the government began to "amortize" the actuarial surpluses in the Superannuation Accounts. On April 1, 2000, the *Public Sector Pension Investment Board Act*, S.C. 1999, c. 34 ("Bill C-78"), came into force. Bill C-78 changed the way in which contributions to the plans were collected, managed and distributed. It also required the Minister to debit from the Superannuation Account certain amounts in excess of specified actuarial surplus ceilings. Unlike the effect of the prior amortization practice, on the basis of Bill C-78, the government debited over \$28 billion directly from the Superannuation Accounts, thereby reducing the actuarial surplus in those accounts.

[4] The appellants (being various unions and employee/pensioner associations) filed suit, seeking relief that would require the government to return \$28 billion to the plans. The trial judge dismissed the claims, and the Ontario Court of Appeal upheld the decision ((2007), 66 C.C.P.B. 54 (Ont. S.C.J.), aff'd 2010 ONCA 657, 102 O.R. (3d) 241).

[5] In order to succeed, the plan members must establish that they have an equitable entitlement to the actuarial surpluses. Otherwise, their entitlement will be limited to the defined pension benefits set out in the governing statutes. In this connection, the nature of the Superannuation Accounts is an issue of central importance. The appellants have argued that the Superannuation Accounts were funds that contained assets in which an equitable interest could be claimed. They say their equitable interest is protected by a fiduciary duty on the part of the government, and, in the alternative, by a constructive trust based on unjust enrichment. The government counters that the Superannuation Accounts were merely accounting records and contain no assets to which an equitable interest could attach. A further issue raised on appeal is whether, if the plan members did have an interest in the actuarial surplus, that interest was extinguished by Bill C-78.

[3] Dans les Comptes publics (les rapports financiers annuels du Canada) de 1990-1991, le gouvernement a commencé à « amortir » les surplus actuariels des comptes de pension de retraite. Le 1<sup>er</sup> avril 2000, la *Loi sur l'Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public*, L.C. 1999, ch. 34 (le « projet de loi C-78 »), est entrée en vigueur. Ce projet de loi changeait le mode de perception, de gestion et de distribution des contributions. Il obligeait aussi le ministre à débiter les comptes de pension de retraite de certains montants excédant le plafond établi pour les surplus actuariels. En application du projet de loi C-78, qui produisait des effets différents de la méthode d'amortissement antérieure, le gouvernement a porté plus de 28 milliards de dollars au débit des comptes de pension de retraite, réduisant ainsi leurs surplus actuariels.

[4] Les appelants (des syndicats et des associations d'employés ou de retraités) ont poursuivi le gouvernement pour obtenir la restitution des 28 milliards de dollars aux régimes de pension. Le juge de première instance a rejeté leurs demandes, et la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé sa décision ((2007), 66 C.C.P.B. 54 (C.S.J. Ont.), conf. par 2010 ONCA 657, 102 O.R. (3d) 241).

[5] Pour obtenir gain de cause, les membres des régimes doivent établir qu'ils ont un droit en equity sur les surplus actuariels, sinon leur droit se limite aux prestations déterminées prévues par les lois applicables. À cet égard, la question de la nature des comptes de pension de retraite revêt une importance capitale. Les appelants ont soutenu que ces comptes étaient des caisses contenant des éléments d'actif dans lesquels ils pouvaient revendiquer un intérêt en equity. Ils affirment que leur intérêt en equity est protégé par un devoir fiduciaire du gouvernement ou, subsidiairement, par une fiducie par interprétation résultant d'un enrichissement injustifié. Le gouvernement rétorque que les comptes de pension de retraite sont de simples documents comptables ne contenant aucun élément d'actif susceptible d'être grevé d'un intérêt en equity. Le pourvoi soulève en outre la question de savoir si, dans le cas où les membres des régimes auraient effectivement eu un intérêt dans les surplus actuariels, le projet de loi C-78 a éteint cet intérêt.

[6] I have determined that the courts below were correct to conclude that the Superannuation Accounts were not separate funds containing assets, but were rather accounting ledgers used to track pension-related payments, and to estimate Canada's future pension liabilities in the Public Accounts. Therefore, the plan members' entitlements are limited to the statutorily defined benefits set out in the *Superannuation Acts*.

[7] I have also concluded that the government was not subject to a fiduciary obligation in favour of the plan members with respect to the actuarial surplus. Nothing in the *Superannuation Acts*, or any other legislation, supports the contention that the government has undertaken to forsake the interests of all others (including taxpayers) in favour of the plan members with respect to the actuarial surplus. Further, there was no unjust enrichment and therefore no basis for a constructive trust. As the Superannuation Accounts did not contain assets in which the appellants had an interest, they did not suffer any detriment as a result of the government's accounting treatment of the Superannuation Accounts. For the same reason, Bill C-78 did not expropriate any property of the plan members. Accordingly, I would dismiss the appeal.

## II. Facts

### A. *The Pension Plans*

[8] The summary of facts that follows parallels the findings of the Court of Appeal closely. There are three pension plans involved in this appeal (the "Plans"). They were established by statute for each of three groups: substantially all those who are employed in the federal public service; the members of the RCMP; and the regular force of the Canadian Forces (the "Plan members"). The relevant statutes are the *Public Service Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. P-36 ("PSSA"); the *Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. C-17 ("CFSA"); and the *Royal Canadian*

[6] C'est à bon droit, selon moi, que les juridictions inférieures ont conclu que les comptes de pension de retraite n'étaient pas des caisses distinctes contenant des éléments d'actif, mais plutôt des livres comptables servant au suivi des paiements relatifs aux pensions et à l'estimation du passif futur au titre des pensions dans les Comptes publics. Le droit des membres des régimes se limite donc aux prestations déterminées définies dans les lois sur les pensions.

[7] J'estime également que le gouvernement n'avait aucune obligation fiduciaire envers les membres des régimes à l'égard des surplus actuariels. Rien dans les lois sur les pensions, ni dans quelque autre loi que ce soit, ne permet d'affirmer que le gouvernement s'est engagé, relativement à ces surplus actuariels, à renoncer aux intérêts de toutes les autres parties (et notamment des contribuables) en faveur de ceux des membres des régimes. Il n'y a pas eu non plus d'enrichissement injustifié et, partant, il n'existe aucun fondement à une fiducie par interprétation. Les comptes de pension de retraite ne contenant pas d'éléments d'actif dans lesquels les appelants avaient un intérêt, le traitement comptable appliqué à ces comptes par le gouvernement n'a pas appauvri les appelants. Pour la même raison, le projet de loi C-78 n'a pas eu pour effet d'exproprier quelque bien que ce soit des membres des régimes. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

## II. Les faits

### A. *Les régimes de pension*

[8] Le résumé des faits qui suit correspond étroitement aux conclusions tirées par la Cour d'appel. Trois régimes de pension (les « régimes ») sont en cause. Ils ont été créés par le législateur pour chacun des trois groupes concernés : essentiellement tous les membres de la fonction publique fédérale, de la GRC et de la force régulière des Forces canadiennes (les « membres des régimes »). Les lois applicables sont la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-36 (« LPFP »); la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. 1985, ch. C-17 (« LPRFC »); et la *Loi sur la*



*Mounted Police Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. R-11 (“RCMPSA”) (collectively, the “*Superannuation Acts*”).

[9] Each of the *Superannuation Acts* has legislative antecedents dating back to the late 19th or early 20th centuries. As currently enacted, they date from the coming into force of the present *Superannuation Acts* — January 1, 1954, for the *PSSA*, S.C. 1952-53, c. 47 (“*PSSA 1954*”); March 1, 1960, for the *CFSA*, S.C. 1959, c. 21; and April 1, 1960, for the *RCMPSA*, S.C. 1959, c. 34.

[10] The Plans are the same in all aspects relevant to these proceedings. For ease of reference, I will generally refer only to the *PSSA*, but the analysis and conclusions apply equally to the *CFSA* and the *RCMPSA*.

[11] The *Superannuation Acts* set out the terms of the Plans. They establish contributory, defined benefit pension plans. Membership in the Plans is compulsory for all eligible public service employees, members of the regular force of the Canadian Forces, and members of the RCMP.

[12] There are two relevant time periods in this appeal. The first period is up to and including March 31, 2000. It precedes the coming into force of Bill C-78, legislation that amended the *Superannuation Acts* and, thus, the Plans. The second period begins on April 1, 2000, when Bill C-78 came into effect.

[13] Employees are required to make a contribution to the relevant Plan, by way of reservation of salary. While the contribution rates for these Plans varied, employees generally contribute in the range of 5 to 7.5 percent of their salaries.

[14] The defined benefit to which an employee is entitled, upon retirement, is determined in accordance with a formula. The basic pension is two percent per year of pensionable service (to a maximum of 35 years) multiplied by the average of the best five consecutive years of salary.

*pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. R-11 (« *LPRGRC* ») (désignées collectivement comme les « lois sur les pensions »).

[9] Chacune des lois sur les pensions procède d’une lignée de lois remontant à la fin du 19<sup>e</sup> ou au début du 20<sup>e</sup> siècle. Sous leur forme actuelle, elles datent de leur entrée en vigueur respective — le 1<sup>er</sup> janvier 1954, pour la *LPFP*, S.C. 1952-53, ch. 47 (« *LPFP* de 1954 »), le 1<sup>er</sup> mars 1960, pour la *LPRFC*, S.C. 1959, ch. 21; et le 1<sup>er</sup> avril 1960, pour la *LPRGRC*, S.C. 1959, ch. 34.

[10] Les régimes sont identiques pour tous les points pertinents en l’espèce. Par souci de commodité, je mentionnerai généralement la *LPFP*, mais mon analyse et mes conclusions s’appliquent aussi bien à la *LPRFC* et la *LPRGRC*.

[11] Les lois sur les pensions définissent les modalités des régimes. Elles établissent des régimes contributifs à prestations déterminées. Les fonctionnaires, les membres de la force régulière des Forces canadiennes et les membres de la GRC admissibles sont tous tenus d’y adhérer.

[12] Deux périodes sont visées par le pourvoi. La première va jusqu’au 31 mars 2000 inclusive-ment, soit la période précédant l’entrée en vigueur du projet de loi C-78 qui a modifié les lois sur les pensions et, par conséquent, les régimes. La seconde commence le 1<sup>er</sup> avril 2000, date d’entrée en vigueur du projet de loi C-78.

[13] Les employés sont tenus de contribuer à leur régime respectif par des retenues salariales. Les taux de contribution varient, mais ils se situent en général entre 5 et 7,5 pour 100 du salaire.

[14] La prestation déterminée à laquelle un employé a droit à la retraite est établie au moyen d’une formule. La pension de base correspond à 2 pour 100 du salaire moyen des cinq années consécutives les mieux payées pour chaque année de service ouvrant droit à pension (jusqu’à concurrence de 35 ans de service).

[15] The terms of the Plans are not subject to collective bargaining. The *PSSA Plan* is excluded by virtue of s. 113(b) of the *Public Service Labour Relations Act*, enacted by the *Public Service Modernization Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2 (“*PSLRA*”) (formerly s. 57(2)(b) of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1985, c. P-35 (“*PSSRA*”) (rep. S.C. 2003, c. 22, s. 285)). The *RCMPSA Plan* is not subject to collective bargaining because RCMP members are expressly excepted from para. (d) of the definition of “employee” in s. 2(1) of the *PSLRA* (formerly para. (e) of the definition of “employee” in s. 2(1) of the *PSSRA*) and thus have no collective bargaining rights. The *CFSA Plan* is not subject to collective bargaining because members of the Canadian Forces are neither Crown employees nor part of the public service as defined in the *PSLRA* and therefore do not have collective bargaining rights. Nor are the Plans subject to the *Pension Benefits Standards Act, 1985*, R.S.C. 1985, c. 32 (2nd Supp.) (see s. 4).

[16] Employee contributions to the Plans were required to be deposited into the Consolidated Revenue Fund (“CRF”). “Consolidated Revenue Fund” is defined to mean “the aggregate of all public moneys that are on deposit at the credit of the Receiver General”, in the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11 (“*FAA*”), s. 2. Prior to April 1, 2000, contributions to the Plans were reflected as credits to the “Superannuation Accounts” (or “Accounts”), which were statutorily established for each of the Plans. Amounts payable pursuant to the *Superannuation Acts* (pension benefits) were paid from the CRF and debited to the appropriate Superannuation Account.

[17] In addition to credits reflecting Plan members’ contributions, the legislatively prescribed credits to the Superannuation Accounts prior to April 1, 2000, consisted of the following: (1) credits in respect of contributions by Public Service corporations; (2) government contribution credits; (3)

[15] Les modalités des régimes ne sont pas soumises à la négociation collective. Le régime institué par la *LPFP* en est exclu aux termes de l’al. 113b) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, édictée par la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 (« *LRTFP* ») (auparavant l’al. 57(2)b) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-35 (abrogée par L.C., 2003, ch. 22, art. 285)). Le régime institué par la *LPRGRC* n’est pas soumis à la négociation collective, car les membres de la GRC sont expressément exclus à l’al. d) de la définition du terme « fonctionnaire » au par. 2(1) de la *LRTFP* (auparavant l’al. e) de la définition de ce terme au par. 2(1) de l’ancienne *LRTFP*) et ne jouissent donc pas de droits de négociation collective. Le régime institué par la *LPRFC* n’est pas non plus soumis à la négociation collective parce que les membres des Forces canadiennes ne sont pas des employés de l’État et qu’ils ne font pas non plus partie de la fonction publique au sens de la *LRTFP*, de sorte qu’ils ne possèdent pas de droits de négociation collective. Les régimes ne sont pas non plus assujettis à la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. 1985, ch. 32 (2<sup>e</sup> suppl.) (voir l’art. 4).

[16] Les contributions des employés aux régimes devaient être versées au Trésor, défini comme le « total des fonds publics en dépôt au crédit du receveur général » dans la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11 (« *LGFP* »), art. 2. Avant le 1<sup>er</sup> avril 2000, les contributions aux régimes figuraient au crédit des « comptes de pension de retraite » (ou « comptes ») créés par la loi pour chaque régime. Les fonds payables en application des lois sur les pensions (les prestations de retraite) étaient prélevés sur le Trésor et portés au débit du compte de pension de retraite visé.

[17] Outre les contributions des membres des régimes, les fonds qui devaient être portés au crédit des comptes de pension de retraite conformément à la loi, avant le 1<sup>er</sup> avril 2000, étaient : (1) les contributions des organismes de la fonction publique, (2) les contributions du gouvernement, (3) les fonds

additional actuarial liability credits (to cover actuarial liabilities); (4) transfers from other pension plans and Supplementary Retirement Benefits Accounts; and (5) interest credits on the balance in the Superannuation Accounts at the rate prescribed by regulation.

[18] The required government contribution credits varied over time. For example, the government was required to credit the Superannuation Account created for the *PSSA Plan* with amounts matching employee contributions in respect of current service: a year in arrears, from 1954 to 1991, and on a monthly basis, from 1991 to 2000. Additionally, further credits were required in relation to past or “buy-back” service, and to provide for the cost of benefits accrued in the month in relation to current service.

[19] The reporting of the government’s pension liabilities is subject to the *FAA*, the applicable *Superannuation Act*, and the *Public Pensions Reporting Act*, R.S.C. 1985, c. 13 (2nd Supp.) (“*PPRA*”). Pursuant to s. 64 of the *FAA*, for each fiscal year the Receiver General must prepare, and the President of the Treasury Board must lay before the House of Commons, an annual report known as the “Public Accounts”. The Public Accounts reflect the value of the assets and liabilities of Her Majesty in Right of Canada. They are the Government of Canada’s main financial reporting document.

[20] The two principal statements in the Public Accounts are the Statement of Financial Position, which sets out the assets and liabilities of the government, and the Statement of Operations and Accumulated Deficit, which sets out the government’s revenues and expenditures.

[21] The transactions and balances in the Superannuation Accounts are reported annually in the Public Accounts. The government’s annual credits made pursuant to the *Superannuation Acts* are shown as a government expense in the Statement of Operations and Accumulated Deficit. The amounts set out in the Superannuation

supplémentaires afférents au passif actuariel (pour couvrir ce passif), (4) les fonds transférés d’autres régimes et de comptes de prestations de retraite supplémentaires, et (5) l’intérêt sur le solde des comptes de pension de retraite, au taux réglementaire applicable.

[18] Les contributions du gouvernement à porter au crédit des comptes de pension de retraite ont varié. S’agissant du compte créé pour le régime établi par la *LPFP*, par exemple, le gouvernement devait verser un montant correspondant aux contributions des employés pour la période de service courant : selon le montant versé l’année précédente pour les années 1954 à 1991, et mensuellement pour les années 1991 à 2000. Des montants supplémentaires étaient exigés pour le service passé ou « rachat » de service, et pour couvrir le coût des prestations acquises au cours du mois au titre du service courant.

[19] Les rapports relatifs au passif des régimes de retraite administrés par le gouvernement sont régis par la *LGFP*, la loi sur les pensions applicable et la *Loi sur les rapports relatifs aux pensions publiques*, L.R.C. 1985, ch. 13 (2<sup>e</sup> suppl.) (« *LRRPP* »). Suivant l’art. 64 de la *LGFP*, le receveur général établit pour chaque exercice un rapport, appelé « Comptes publics », que le président du Conseil du Trésor dépose devant la Chambre des communes et qui présente la valeur de l’actif et du passif de Sa Majesté du chef du Canada. Il s’agit du principal document d’information financière du gouvernement du Canada.

[20] Les deux principaux états des Comptes publics sont l’état de la situation financière, qui présente l’actif et le passif du gouvernement, et l’état des résultats et du déficit accumulé, qui présente ses recettes et dépenses.

[21] Les opérations effectuées dans les comptes de pension de retraite et leurs soldes sont présentés annuellement dans les Comptes publics. Les sommes annuellement portées au crédit de ces comptes par le gouvernement en application des lois sur les pensions sont inscrites comme dépenses à l’état des résultats et du déficit accumulé du gouvernement,

Accounts are shown as an ongoing liability of the government in its Statement of Financial Position. The Superannuation Accounts have been classified as “Specified Purpose Accounts” under the liabilities section of the Statement of Financial Position since the 1980-81 fiscal year.

[22] As required by the *Superannuation Acts* and the *PPRA*, actuarial reports were received from time to time with respect to each of the Plans. The *PPRA* requires the Chief Actuary of the Office of the Superintendent of Financial Institutions to periodically estimate the cost of the government’s future pension obligations, and to cause a “certification of the assets” of the Plans (ss. 5, 8(1) and 9(1)). To the extent that the estimated cost of the pension liabilities is greater than the certified value of the “assets” reflected in the Superannuation Accounts, there is an “actuarial deficit”. On the other hand, where the certified value of the “assets” reflected in the Superannuation Accounts exceeds estimated pension liabilities, there is an “actuarial surplus”.

[23] In the 1990s, the actuarial valuations showed that the estimated cost of the present and future obligations for each of the three Plans was less than the total of the amounts showing in the Superannuation Accounts. The surplus arose as a result of a combination of factors, including low inflation rates, high interest rates, government-imposed restraints on salaries, the capping of indexing benefits in the 1980s, and changing assumptions in calculating the actuarial liability of the Plans. The surplus in the three Superannuation Accounts reached \$16.6 billion by December 1992, climbing to \$23.4 billion in March 1996 and \$30.9 billion in March 1999.

#### B. *Amortization of the Surplus*

[24] In the 1990-91 fiscal year, the government began to “amortize” the actuarial surplus in the Superannuation Accounts. The word “amortize” is used to describe the actions undertaken by the

et les sommes figurant aux comptes de pension de retraite sont inscrites comme passif à l’état de la situation financière du gouvernement. Depuis l’exercice 1980-1981, les comptes de pension de retraite sont classés comme « comptes à fins déterminées » dans la section du passif de l’état de la situation financière.

[22] Comme l’exigent les lois sur les pensions et la *LRRPP*, des rapports actuariels ont été présentés, à différents moments, pour chacun des régimes. Suivant la *LRRPP*, l’actuaire en chef du Bureau du surintendant des institutions financières doit procéder à une estimation périodique du coût des engagements à venir du gouvernement au titre des pensions et faire « certifier l’actif » des régimes (art. 5, par. 8(1) et 9(1)). Lorsque le coût estimatif des engagements au titre des pensions est supérieur à la valeur certifiée de l’actif figurant aux comptes de pension de retraite, il y a « déficit actuariel ». À l’inverse, lorsque la valeur certifiée de l’actif inscrit aux comptes de pension de retraite excède le montant estimatif des engagements au titre des pensions, il y a « surplus actuariel ».

[23] Dans les années 1990, les rapports d’évaluation actuarielle indiquaient que le coût estimatif des obligations actuelles et à venir au titre de chacun des trois régimes était inférieur au total des montants figurant aux comptes de pension de retraite. Ces surplus résultaient d’une combinaison de facteurs, dont une faible inflation, des taux d’intérêt élevés, des restrictions salariales imposées par le gouvernement, l’établissement d’un plafond d’indexation des prestations dans les années 1980 et la modification des hypothèses de calcul du passif actuariel des régimes. Le surplus des trois comptes de pension de retraite s’établissait à 16,6 milliards de dollars en décembre 1992, et il a atteint 23,4 milliards de dollars en mars 1996 et 30,9 milliards de dollars en mars 1999.

#### B. *Amortissement du surplus actuariel*

[24] Durant l’exercice financier 1990-1991, le gouvernement a commencé à « amortir » le surplus actuariel des comptes de pension de retraite. Le terme « amortir » est employé en l’espèce pour décrire

government, over a number of years, to gradually reduce the impact of the actuarial surplus on the Public Accounts. The amortization consisted of the following actions: the government continued to credit its contributions to the Superannuation Accounts in accordance with the *Superannuation Acts*. However, the Public Accounts recorded lower net annual pension expenses. To accomplish this objective, the government booked into the Public Accounts negative expenses to reflect the amount of the surplus amortized during the year, thereby reducing the government's total pension expenses. For the books to balance, the negative adjustments to pension expenses were equally reflected in reductions in the government's total stated pension liabilities on its Statement of Financial Position. To make this happen, the amounts amortized each year were debited to contra-liability accounts (i.e., liability accounts having a debit balance) created in the Public Accounts. These accounts went by different names over the years — such as the “Allowance for Pension Adjustments” — but their function was the same: they allowed the government to reduce its stated net pension liabilities in the Public Accounts by the amount of the amortization without debiting the Superannuation Accounts themselves. The Superannuation Accounts maintained their credit balances, unaffected by the amortization, but the debit balances in the separate allowance accounts partially offset them in the Public Accounts. The government's stated net pension liabilities were in this way gradually brought toward the actuarial valuation of Plan liabilities (i.e., the surplus was gradually reduced), but the balances in the Superannuation Accounts were not affected.

[25] The effect of this “amortization” was therefore twofold: it reduced the government's annual budget deficit (or increased the annual budget surplus) by reducing annual pension expenditures, and

les mesures, échelonnées sur plusieurs années, prises par le gouvernement pour réduire progressivement les répercussions des surplus actuariels sur les Comptes publics. L'amortissement a pris la forme des opérations suivantes : le gouvernement a continué de porter ses contributions au crédit des comptes de pension de retraite conformément aux lois sur les pensions, mais le montant des charges de retraite annuelles nettes inscrit dans les Comptes publics était réduit. Pour réaliser cet objectif, le gouvernement a inscrit dans les Comptes publics des charges négatives qui correspondaient au montant du surplus amorti durant l'exercice, ce qui a eu pour effet de réduire le total des charges de retraite du gouvernement. Il a donc fallu rajuster à la baisse le montant total du passif au titre des pensions de retraite dans l'état de la situation financière du gouvernement pour tenir compte de ces rajustements négatifs et faire en sorte que les livres s'équilibrent. Pour ce faire, on a inscrit les montants amortis chaque année au débit des comptes de sens contraire passif (c'est-à-dire des comptes de passif ayant un solde débiteur) créés dans les Comptes publics. Ces comptes ont eu différentes appellations au fil des ans — par exemple, « provision pour redressement au titre des régimes de retraite » — mais leur fonction a toujours été la même, à savoir permettre au gouvernement de réduire le montant net du passif au titre des pensions de retraite inscrit dans les Comptes publics d'un montant équivalent à l'amortissement, sans débiter les comptes de pension de retraite eux-mêmes. Ceux-ci conservaient leur solde créditeur, qui n'était pas affecté par l'amortissement, tandis que les soldes débiteurs des comptes de provision distincts compensaient partiellement ces soldes créditeurs dans les Comptes publics. Ainsi, le montant net du passif au titre des pensions de retraite inscrit dans les états financiers du gouvernement s'est rapproché graduellement de l'évaluation actuarielle du passif du régime (c'est-à-dire que le surplus a diminué graduellement), sans que les soldes des comptes de pension de retraite ne soient affectés.

[25] Cet « amortissement » a donc eu un double effet : il a réduit le déficit budgétaire annuel du gouvernement (ou accru le surplus budgétaire annuel) en abaissant les charges de retraite annuelles,

it brought the government's net debt down by reducing the net pension liabilities to an amount closer to the actuarial estimates of the government's future pension obligations.

[26] During the 1990s, the government amortized a total of \$18.6 billion, with further amounts being amortized after the year 2000.

### C. *Bill C-78*

[27] In 1999, the government introduced Bill C-78, which came into force on April 1, 2000. It made significant changes to the *Superannuation Acts*. It established a Pension Fund in each of the *Superannuation Acts* that replaced the Superannuation Accounts for post-March 31, 2000 service ("Pension Funds"). Since April 1, 2000, employee and government contributions in respect of current service have been made to the Pension Funds.

[28] Under Bill C-78, the amounts in the Pension Funds were to be invested externally. Bill C-78 established an investment board to manage the assets in the Pension Funds. One of the objects of the investment Board is to manage the amounts that are transferred to it, pursuant to the amended *Superannuation Act*, "in the best interests of the contributors and beneficiaries under those Acts" (s. 4(1)(a)).

[29] Bill C-78 added s. 44(9) to (13) to the *PSSA*. In general terms, these subsections both grant discretion to and create an obligation on the Minister to debit the Superannuation Accounts to reduce the actuarial surplus. While the Minister has the discretion to debit the Superannuation Accounts with any amount of the surplus between 100 percent and 110 percent of the amount estimated to be required to meet the cost of benefits payable, as determined from the actuarial reports, the Minister is required to debit the Accounts for any actuarial surplus that exceeds 110 percent of the amount required to pay future benefits.

et il a ramené à un niveau inférieur la dette nette du gouvernement en rabaissant le montant net du passif au titre des pensions de retraite à un niveau plus près des estimations actuarielles des engagements à venir du gouvernement au titre des pensions.

[26] Au cours de la décennie 1990, le gouvernement a amorti au total un montant de 18,6 milliards de dollars; des sommes additionnelles ont été amorties après l'an 2000.

### C. *Le projet de loi C-78*

[27] En 1999, le gouvernement a présenté le projet de loi C-78. Ce projet de loi, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2000, a apporté des changements substantiels aux lois sur les pensions. En remplacement de chacun des comptes de pension de retraite prévus par les lois sur les pensions, il a établi une caisse de retraite à l'égard du service postérieur au 31 mars 2000 (les « caisses de retraite »). Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2000, les contributions des employés et du gouvernement relativement au service courant sont versées aux caisses de retraite.

[28] Sous le régime du projet de loi C-78, les fonds des caisses de retraite sont investis sur le marché externe, et un office a été créé pour gérer l'actif des caisses de retraite. L'Office d'investissement a notamment pour mission de gérer les sommes qui lui sont transférées en application des lois sur les pensions ainsi modifiées « dans l'intérêt des contributeurs et des bénéficiaires des régimes en cause » (al. 4(1)a)).

[29] Le projet de loi C-78 a ajouté les par. 44(9) à (13) à la *LPFP*. En gros, ces dispositions confèrent au ministre à la fois le pouvoir discrétionnaire et l'obligation de débiter les comptes de pension de retraite afin de réduire le surplus actuariel. En effet, le ministre a le pouvoir discrétionnaire de porter au débit de ces comptes tout surplus se situant entre 100 et 110 pour 100 du montant estimatif nécessaire pour couvrir le coût des prestations payables, établi par les rapports actuariels, mais il est tenu de débiter ces comptes lorsqu'un surplus actuariel dépasse 110 pour 100 des sommes requises pour payer les prestations futures.

[30] Bill C-78 provided that after January 1, 2004, employee contribution rates would no longer be set by legislation but would be set at the discretion of the Treasury Board, subject to certain restrictions. Employees faced a legislated increase of 15 to 33 percent in contribution rates in the years from 2000 to 2003. In 2005, the Treasury Board announced further increases.

[31] Bill C-78 also changed the basis for the government's annual contributions. Instead of being required to make contributions matching those made by employees, the government's contributions are now determined by the President of the Treasury Board, based on the actuarial valuations for each Plan.

[32] All benefits for pensionable service prior to April 1, 2000, when paid, are charged to the appropriate Superannuation Account. However, benefits paid for service thereafter are paid from the appropriate Pension Fund.

[33] Between 2001 and 2004, the government relied on Bill C-78 to debit over \$28 billion from the Superannuation Accounts. Since the effect of the prior amortization was to reduce the annual deficit or increase the annual surplus, and to reduce the government's net debt, the debiting of any amounts already amortized had no effect on Canada's financial position.

#### D. *The Appellants' Action*

[34] The appellants brought an action for the return of the actuarial surplus reflected in the Superannuation Accounts, arguing that the government had breached its trust and fiduciary duties by amortizing and debiting the surplus. The appellants also maintained that Bill C-78 did not extinguish Plan members' interest in the surplus as it did not evidence an unambiguous intent to expropriate without compensation. The trial judge dismissed the appellants' action. The Ontario Court of Appeal dismissed their appeal.

[30] Le projet de loi C-78 prévoyait qu'après le 1<sup>er</sup> janvier 2004, le taux de contribution des employés ne serait plus établi par le législateur, mais relèverait du pouvoir discrétionnaire du Conseil du Trésor, sous réserve de certaines restrictions. De 2000 à 2003, le taux de contribution des employés, établi par la loi, a connu des augmentations de 15 à 33 pour 100. En 2005, le Conseil du Trésor a annoncé d'autres augmentations.

[31] Le projet de loi C-78 a également modifié la façon d'établir la contribution annuelle du gouvernement. Le gouvernement n'a plus à égaliser les contributions des employés; c'est le président du Conseil du Trésor qui détermine à présent les contributions qu'il doit verser, en fonction du rapport d'évaluation actuarielle de chaque régime.

[32] Les prestations afférentes au service ouvrant droit à pension antérieur au 1<sup>er</sup> avril 2000 sont payées sur le compte de pension de retraite approprié, mais les prestations afférentes au service postérieur à cette date sont imputées à la caisse de retraite appropriée.

[33] Entre 2001 et 2004, le gouvernement a porté plus de 28 milliards de dollars au débit des comptes de pension de retraite en application du projet de loi C-78. Étant donné que l'amortissement antérieur avait eu pour effet de réduire le déficit annuel ou d'accroître le surplus annuel, et de réduire la dette nette du gouvernement, l'inscription au débit de tout montant déjà amorti n'avait aucun effet sur la situation financière du Canada.

#### D. *L'action des appelants*

[34] Les appelants ont intenté une action pour obtenir la restitution des surplus actuariels des comptes de pension de retraite, soutenant que le gouvernement avait manqué à ses obligations fiduciaires et à ses devoirs relativement à une fiducie en amortissant et en débitant les surplus. Ils ont affirmé en outre que le projet de loi C-78 n'avait pas éteint l'intérêt des membres des régimes dans les surplus, car il ne s'en dégageait pas d'intention non équivoque d'expropriation sans indemnisation. Les appelants ont été déboutés en première instance, et la Cour d'appel a rejeté leur appel.

[35] In their appeal in this Court, the appellants seek a declaration that the Plan members have an equitable interest in the outstanding balance in the Superannuation Accounts as of March 31, 2000. They say that the equitable interest includes the right to have the entire amount in the Superannuation Accounts used solely for the purpose of providing pension benefits to Plan members. In the alternative, the appellants seek a declaration that the equitable interest of the Plan members constitutes a right to have a share of the actuarial surplus in the Superannuation Accounts used for the purpose of providing benefits to the Plan members. Under this alternative, the appellants have prorated their share in accordance with the ratio of employee and employer contributions as of March 31, 2000. The Plan members' contributions were the equivalent of 42.2 percent of the actuarial surplus on that date. They also seek a declaration that ss. 44(9) and 44(10) of Bill C-78 do not authorize the reduction from the Superannuation Accounts of any amount in which Plan members have an equitable interest without compensation. And they seek an order that the Superannuation Accounts be credited with all amounts that were removed following Bill C-78 in which the Plan members have an equitable interest, together with interest.

#### E. *Relevant Statutory Provisions*

[36] The relevant statutory provisions are set forth in the Appendix at the conclusion of these reasons.

### III. Judgments Below

#### A. *Ontario Superior Court of Justice (Panet J.) (2007), 66 C.C.P.B. 54*

[37] The appellants brought a claim for breach of trust and a claim for breach of fiduciary duty with respect to the outstanding balance in the Superannuation Accounts, as of March 31, 2000.

[38] In considering the statutes and other documents, Panet J. found that the trust requirement that there be certainty of intention was not present.

[35] Dans le présent pourvoi, les appelants demandent à notre Cour de rendre un jugement déclaratoire portant que les membres des régimes possèdent un intérêt en equity dans le solde des comptes de pension de retraite au 31 mars 2000. Selon eux, cet intérêt en equity comprend le droit à ce que la totalité des fonds de ces comptes serve exclusivement au versement de prestations aux membres. À titre subsidiaire, ils demandent un jugement déclaratoire portant que l'intérêt en equity des membres des régimes consiste en un droit à ce qu'une part du surplus actuariel des comptes de pension de retraite serve au versement de prestations aux membres. Ils ont établi la part ainsi demandée au prorata des contributions respectives des employés et de l'employeur au 31 mars 2000. Les contributions des membres des régimes équivalaient à 42,2 pour 100 des surplus actuariels à cette date. Les appelants demandent également un jugement déclaratoire portant que les par. 44(9) et 44(10) du projet de loi C-78 ne permettent pas de réduire sans indemnisation quelque montant que ce soit des comptes de pension de retraite dans lequel les membres des régimes ont un intérêt en equity. Ils sollicitent aussi une ordonnance prescrivant de porter au crédit des comptes de pension de retraite tout montant dans lequel les membres des régimes ont un intérêt en equity et qui en a été retiré à la suite du projet de loi C-78, ainsi que les intérêts y afférents.

#### E. *Les dispositions législatives applicables*

[36] Les dispositions législatives applicables sont reproduites dans l'Annexe à la fin des présents motifs.

### III. Les décisions des juridictions inférieures

#### A. *La Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Panet) (2007), 66 C.C.P.B. 54*

[37] Les appelants ont intenté une action pour violation de fiducie et pour manquement à une obligation fiduciaire relativement au solde des comptes de pension de retraite au 31 mars 2000.

[38] Après avoir examiné les lois et d'autres documents, le juge Panet a conclu que la certitude d'intention nécessaire pour qu'il existe une fiducie



Panet J. also concluded that there was no certainty of subject matter. He found that there was no separate or segregated fund. Panet J. rejected the appellants' claim for breach of fiduciary duty, as there was no scope for the exercise of any discretion or power, a necessary element of a fiduciary relationship. Panet J. held that the government had no discretion because the *PSSA* was a complete statutory code.

[39] The appellants also objected to the amortization of the surplus. Panet J. rejected this claim on the basis that the Public Service Superannuation Plan was not a funded plan, and that the amortized amounts in the Superannuation Account were not assets that had been removed.

[40] In Panet J.'s view, the Superannuation Accounts did not contain assets. Rather, the Accounts were maintained by the government, pursuant to the *FAA*, to record and disclose an estimate of its pension liability (the cost of the pension obligation).

[41] Panet J. considered whether the government had borrowed from the Superannuation Accounts the difference between the contributions to the Plans plus interest, and the pension payments from the Plans. He found there was no amount owing by the government to the Superannuation Accounts.

[42] In his view, the government's pension liability comes from the *Superannuation Acts*, not the Accounts. The Superannuation Accounts are effectively an estimate of the cost of the government's pension liability. Panet J. considered the actuarial reports periodically submitted to Parliament, which make reference to assets and liabilities in the Plans. However, he found that the use of the word "assets" in these reports does not correspond to the ordinary meaning of that word. "Asset" was used to mean the recorded contributions of employees and the government, less benefits paid — i.e., the balances in the Superannuation Accounts.

faisait défaut. Il a tiré la même conclusion relativement à la certitude de matière. Selon lui, il n'existait pas de caisse distincte ou séparée. Il a par ailleurs rejeté le moyen du manquement à une obligation fiduciaire vu l'absence d'un élément nécessaire à l'existence d'une relation fiduciaire, soit la possibilité d'exercer un certain pouvoir discrétionnaire. Le juge Panet a conclu que le gouvernement n'avait aucun pouvoir discrétionnaire, parce que la *LPFP* établissait un code exhaustif.

[39] Les appelants contestaient également l'amortissement du surplus. Le juge Panet n'a pas retenu cet argument, parce que le régime de pension de la fonction publique n'était pas un régime par capitalisation et que les montants amortis n'étaient pas des éléments d'actif qui avaient été retirés des comptes de pension de retraite.

[40] Selon le juge Panet, les comptes de pension de retraite ne contenaient aucun élément d'actif. Il s'agissait plutôt de comptes tenus par le gouvernement conformément à la *LGFP*, pour comptabiliser et divulguer le passif estimatif au titre des pensions (le coût des engagements à ce titre).

[41] Le juge Panet a examiné si le gouvernement avait emprunté aux comptes de pension de retraite la différence entre le montant des contributions aux régimes, majoré des intérêts, et celui des prestations prélevées sur les régimes. Il a jugé que le gouvernement n'était débiteur d'aucun montant envers ces comptes.

[42] Selon lui, l'obligation du gouvernement au titre des pensions tire son origine des lois sur les pensions et non des comptes. Les comptes de pension de retraite sont en fait une estimation des coûts de l'engagement du gouvernement au titre des pensions. Le juge Panet a examiné les rapports actuariels périodiques soumis au Parlement, qui font mention de l'actif et du passif des régimes, mais il a jugé que l'utilisation du mot « actif » dans ces rapports ne correspondait pas au sens ordinaire de ce mot. Le terme « actif » était employé pour désigner le montant des contributions des employés et du gouvernement, réduit des prestations versées, inscrit dans les états financiers, c'est-à-dire le solde des comptes de pension de retraite.

[43] Even though he concluded that the Superannuation Accounts did not contain assets, Panet J. went on to consider whether Bill C-78 expropriated any interest that the Plan members had in the surplus. He concluded that, in clear and unambiguous terms, Bill C-78 required the Minister to debit from the Superannuation Accounts any amount that exceeds 110 percent of the amount estimated to be required to meet pension obligations, and that it gave him the discretion to debit additional amounts of the surplus.

[44] Finally, Panet J. rejected the appellants' argument that Bill C-78 breached the *Charter* rights of Plan members.

[45] Panet J. concluded that the declarations sought by the appellants should not be granted.

B. *Ontario Court of Appeal (Gillese J.A., Concurring in by Laskin and Juriansz J.J.A.)*, 2010 ONCA 657, 102 O.R. (3d) 241

[46] Gillese J.A. found that the trial judge had correctly concluded that the Superannuation Accounts did not contain assets, notwithstanding the appearance of the word "assets" in the *PSSA*. In her view, Superannuation Accounts were "legislated ledgers", designed to record the amounts credited to the Plans, and to estimate the government's liability to provide benefits to Plan members. The "real money" deducted from employees' pay cheques was deposited (retained) in the CRF, becoming a part of the aggregate of all public moneys, with a corresponding credit in the appropriate Superannuation Account (paras. 49 to 52).

[47] Although government documents referred to the Plans as being "fully funded", Gillese J.A. held that, understood in context, that phrase simply meant that the value of credited contributions in the Superannuation Accounts was sufficient to

[43] En dépit de sa conclusion que les comptes de pension de retraite ne contenaient pas d'éléments d'actif, le juge Panet a examiné la question de savoir si le projet de loi C-78 avait exproprié un intérêt quelconque des membres des régimes dans les surplus. Il a estimé que le projet de loi obligeait le ministre, en termes clairs et non équivoques, à porter au débit des comptes de pension de retraite tout montant excédant 110 pour 100 du montant estimatif nécessaire à l'exécution des obligations au titre des pensions et qu'il lui conférait le pouvoir discrétionnaire de débiter tout autre surplus de ces comptes.

[44] Enfin, le juge Panet a écarté la prétention des appelants que le projet de loi C-78 portait atteinte aux droits des membres des régimes garantis par la *Charte*.

[45] Le juge Panet a conclu qu'il n'y avait pas lieu de rendre le jugement déclaratoire demandé.

B. *La Cour d'appel de l'Ontario (la juge Gillese, avec l'accord des juges Laskin et Juriansz)*, 2010 ONCA 657, 102 O.R. (3d) 241

[46] La juge Gillese a estimé qu'en dépit de l'emploi du mot « actif » dans la *LPFP*, le juge de première instance n'avait pas fait erreur en affirmant que les comptes de pension de retraite ne contenaient pas d'éléments d'actif. Selon elle, ces comptes étaient des [TRADUCTION] « livres comptables prescrits par la loi », servant à comptabiliser les montants portés au crédit des régimes et le passif estimatif afférent au versement des prestations aux membres des régimes. Les [TRADUCTION] « fonds réels » retenus sur le salaire des employés étaient déposés (conservés) au Trésor et devenaient partie intégrante des fonds publics, tandis qu'une inscription correspondante était portée au crédit du compte de pension de retraite concerné (par. 49 à 52).

[47] Selon la juge Gillese, bien que des documents gouvernementaux fassent état de régimes à [TRADUCTION] « capitalisation intégrale », ces mots signifiaient simplement, dans le contexte, que la valeur des contributions portées au crédit

discharge the government's liability for promised pension benefits (para. 55).

[48] However, Gillese J.A. held that the trial judge erred by determining that the *PSSA* was a complete code. While the *PSSA* listed many of the parties' rights and obligations, prior to April 1, 2000, the *PSSA* did not address the actuarial surpluses in the Superannuation Account. Accordingly, the Act did not constitute a complete code prior to Bill C-78 coming into force.

[49] It did not follow from this conclusion that Plan members had equitable rights to the actuarial surplus. They did not have an interest in the surplus flowing from the *PSSA*, the employment relationship, trust principles, or from the government's fiduciary obligations as Plan administrator.

[50] Gillese J.A. found that the government was not a fiduciary in its capacity as administrator of the Plans prior to April 1, 2000. However, she held that the trial judge had erred by determining that the government did not have any discretion that could give rise to a fiduciary duty. In her view, the government had discretion in managing the amounts credited to the Superannuation Accounts. The government made the decision to deal with the actuarial surplus by amortizing it, and this amounted to the exercise of discretion.

[51] Gillese J.A. held that there was no property belonging to the Plan members that was affected by the government's exercise of discretion, but that the way the government exercised its discretion had an effect on the practical interests of the Plan members. It appeared to her that the exercise of discretion led to the employees having to contribute more towards the cost of their pensions. However, the core question was whether "given all the surrounding circumstances, one party could reasonably have

des comptes de pension de retraite était suffisante pour permettre au gouvernement de s'acquitter de son engagement au titre des prestations promises (par. 55).

[48] La juge Gillese a cependant conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en considérant la *LPFP* comme un code exhaustif. Certes, cette loi énumérait maints droits et obligations des parties, avant le 1<sup>er</sup> avril 2000, mais elle ne traitait pas des surplus actuariels des comptes de pension de retraite et, de ce fait, elle ne constituait pas un code exhaustif avant l'entrée en vigueur du projet de loi C-78.

[49] Cette conclusion n'impliquait pas cependant que les membres des régimes jouissaient de droits en equity sur les surplus actuariels. Ils ne pouvaient prétendre à aucun intérêt dans les surplus, que ce soit en raison de la *LPFP*, de la relation d'emploi, des principes en matière de fiducie ou des obligations fiduciaires du gouvernement en qualité d'administrateur des régimes.

[50] Selon la juge Gillese, avant le 1<sup>er</sup> avril 2000, le gouvernement n'était pas un fiduciaire en sa qualité d'administrateur des régimes. Elle a toutefois estimé que la conclusion du juge de première instance selon laquelle le gouvernement ne disposait d'aucun pouvoir discrétionnaire pouvant donner naissance à une obligation fiduciaire était erronée. Le gouvernement possédait selon elle un pouvoir discrétionnaire dans la gestion des montants portés au crédit des comptes de pension de retraite. Et le gouvernement a, en fait, exercé ce pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a décidé de gérer les surplus actuariels en les amortissant.

[51] La juge Gillese a statué que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du gouvernement n'avait pas eu d'effet sur un bien quelconque appartenant aux membres des régimes, mais qu'il en avait eu sur les intérêts pratiques des membres, car il avait entraîné une augmentation de leur contribution au coût des pensions. Toutefois, la question fondamentale en cause, selon elle, était de savoir si, [TRADUCTION] « compte tenu de l'ensemble des circonstances, il était raisonnable pour une partie de s'attendre à ce

expected that another would act in the former's best interests" (para. 94). In this case, she concluded, it would *not* be reasonable for Plan members to expect the government to act in their best interests when exercising its discretion. A fiduciary duty is unlikely to apply to the Crown, as it would create a conflict between the Crown's responsibility to act in the public interest, on one hand, and its obligation to act in the best interests of beneficiaries, on the other.

[52] Gillese J.A. also held that a constructive trust should not be imposed. She found that it need not be imposed to satisfy the requirements of good conscience, in view of the lack of an equitable obligation on the part of the government. Second, the government was not enriched by the amortization and removal (pursuant to Bill C-78) of the actuarial surplus. In her view, whatever benefit there was to the amortization, it enured to all Canadian taxpayers. In any event, Bill C-78 was a juristic reason justifying any removal.

[53] Accordingly, Gillese J.A. dismissed the appeal. Laskin and Juriensz JJ.A. concurred.

#### IV. Issues

[54] The issues in this appeal are:

- a. Did the Superannuation Accounts contain assets?
- b. Did the government owe a fiduciary duty to the Plan members?
- c. Should a constructive trust be imposed over the balances in the Superannuation Accounts as of March 31, 2000?
- d. Did Bill C-78 authorize the government to debit the actuarial surpluses in the Superannuation Accounts?

#### V. Analysis

[55] This Court has considered the law related to pension plan surpluses on several occasions, but it

que ses intérêts guident la conduite de l'autre partie » (par. 94). Elle a estimé que les membres des régimes *ne* pouvaient *pas* raisonnablement s'attendre, en l'espèce, à ce que le gouvernement exerce son pouvoir discrétionnaire en fonction de leur intérêt. Il était peu probable qu'il existe un devoir fiduciaire, car l'État serait placé dans une situation de conflit entre son obligation d'agir dans l'intérêt des bénéficiaires et sa responsabilité d'agir dans l'intérêt public.

[52] La juge Gillese a statué également qu'il n'y avait pas lieu d'imposer une fiducie par interprétation. À son avis, il n'était pas nécessaire d'appliquer cette doctrine pour satisfaire à l'exigence de la bonne conscience, compte tenu de l'absence d'obligation du gouvernement en equity. En outre, l'amortissement et le retrait des surplus actuariels (en application du projet de loi C-78) n'avaient pas enrichi le gouvernement. Selon elle, si l'amortissement avait produit un avantage, celui-ci avait profité à tous les contribuables canadiens et, de toute manière, le projet de loi C-78 constituait un motif juridique justifiant tout retrait.

[53] La juge Gillese a donc rejeté l'appel. Les juges Laskin et Juriensz ont souscrit à ses motifs.

#### IV. Les questions en litige

[54] Le pourvoi soulève les questions suivantes :

- a. Les comptes de pension de retraite contenaient-ils des éléments d'actif?
- b. Le gouvernement avait-il une obligation fiduciaire envers les membres des régimes?
- c. Une fiducie par interprétation devrait-elle être imposée relativement aux soldes des comptes de pension de retraite au 31 mars 2000?
- d. Le projet de loi C-78 autorisait-il le gouvernement à porter les surplus actuariels au débit des comptes de pension de retraite?

#### V. Analyse

[55] Notre Cour a examiné plusieurs fois le droit applicable aux surplus de régimes de pension, mais

has always done so in the context of private sector pension plans. In this appeal, the Court must consider pension plan surpluses in the context of statutory, public sector pension plans.

[56] *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611, is the leading statement of the law on pension plan surpluses. That case establishes the principle that, in the absence of overriding legislation, the first step to assessing competing claims to the surplus is to determine, in accordance with ordinary principles of trust law, whether the pension fund is impressed with a trust. If it is, all applicable trust principles apply. If, on the other hand, the pension fund is not subject to a trust, entitlement to the surplus will be assessed in accordance with the principles of contract interpretation.

[57] In *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273, this Court affirmed *Schmidt*, along with *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, and *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152, to the effect that entitlement to a pension plan surplus is “determined according to the words of the relevant documents and applicable contract and trust principles and statutory provisions” (para. 26).

[58] At trial, the appellants advanced the argument that the *Superannuation Acts* created express trusts for the benefit of Plan members. However, the trial judge rejected the express trust argument, and it has not resurfaced on appeal.

[59] In this appeal, the appellants have based their arguments not on express trust, but on constructive trust. Their contention is that the Superannuation Accounts contain assets, and that the government is under an equitable (fiduciary) obligation in respect of its management of them. The appellants argue that the government breached its fiduciary duty by amortizing the surplus, and that this gives rise to a constructive trust over the assets in the Superannuation Accounts, in favour of the Plan

toujours dans le contexte de régimes du secteur privé. En l'espèce, elle doit les analyser dans le contexte de régimes du secteur public établis par une loi.

[56] L'arrêt de principe en matière de surplus d'un régime de pension est *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611. Il pose qu'en l'absence de dispositions législatives contraires, la première étape à entreprendre pour statuer sur des revendications opposées relativement à un surplus consiste à déterminer si la caisse de retraite est assujettie à une fiducie, conformément aux principes ordinaires du droit des fiducies. S'il y a une fiducie, celle-ci est soumise à tous les principes applicables du droit des fiducies. Dans le cas contraire, le droit au surplus est déterminé en fonction des principes d'interprétation des contrats.

[57] Dans *Burke c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273, notre Cour a confirmé l'arrêt *Schmidt*, ainsi que les arrêts *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, et *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152, selon lesquels le droit au surplus d'un régime de pension est « déterminé en fonction du libellé des documents pertinents, des principes du droit des contrats et du droit des fiducies et des textes législatifs applicables » (par. 26).

[58] En première instance, les appelants ont fait valoir que les lois sur les pensions ont créé des fiducies expresses au profit des membres des régimes, mais le juge a écarté cet argument et les appelants ne l'ont pas invoqué en appel.

[59] Dans le présent pourvoi, les appelants n'invoquent pas la fiducie expresse mais la fiducie par interprétation. Ils soutiennent que les comptes de pension de retraite contiennent des éléments d'actif et que le gouvernement a une obligation en equity (fiduciaire) relativement à leur gestion. Selon eux, le gouvernement a manqué à son obligation fiduciaire en amortissant les surplus et il en a résulté une fiducie par interprétation en faveur des membres des régimes relativement à l'actif

members. The appellants have also argued that a constructive trust should be imposed on the basis of unjust enrichment. As mentioned above, central to both of these arguments is the issue of whether the Superannuation Accounts in fact contained assets. If they did not, then there could be no equitable interest subject to a fiduciary duty, nor any unjust enrichment justifying a constructive trust. Accordingly, the first issue to address is whether the Superannuation Accounts contained assets.

A. *Did the Superannuation Accounts Contain Assets?*

[60] Both courts below found that the Superannuation Accounts did not contain assets. At first instance, Panet J. rejected appellants' expert evidence that the primary asset of each Account is a receivable from the government. He found that, in fact, the government had not borrowed from the Superannuation Accounts and that there were no amounts owing by the government to the Accounts. Rather, the Superannuation Accounts were no more than accounts maintained by the government to record and disclose its estimated pension liability. At the Court of Appeal, Gillese J.A. found no error with this conclusion. In her view, "[i]n essence, the Superannuation Accounts are legislated ledgers" (para. 50).

[61] While there is no question that the Superannuation Accounts are not pools of marketable securities, the appellants maintain that the courts below erred in not finding that the Accounts contain assets, namely, receivables owing from the government to the Accounts. They submit that real money was contributed to the Accounts in each year, but, because the amounts were not invested externally, the government effectively borrowed this money from the Accounts for its own use — leaving promises to pay in the Accounts. These promises to pay, they say, are assets, much like Government of Canada bonds.

des comptes de pension de retraite. Ils affirment en outre qu'une fiducie par interprétation devrait être imposée sur le fondement de l'enrichissement injustifié. Rappelons que ces deux arguments sont fondamentalement liés à la question de savoir si les comptes de pension de retraite contenaient des éléments d'actif; s'ils n'en contenaient pas, il ne pouvait exister ni intérêt en equity à l'égard duquel il aurait existé un devoir fiduciaire, ni enrichissement injustifié sur lequel fonder une fiducie par interprétation. Il faut donc déterminer d'abord si les comptes de pension de retraite contenaient des éléments d'actif.

A. *Les comptes de pension de retraite contenaient-ils des éléments d'actif?*

[60] Les deux juridictions inférieures ont conclu qu'aucun élément d'actif n'était détenu dans les comptes de pension de retraite. Le juge Panet, en première instance, a rejeté le témoignage d'expert présenté par les appelants, selon lequel le principal élément d'actif de chaque compte est une créance sur le gouvernement, estimant que le gouvernement n'avait pas emprunté aux comptes de pension de retraite et qu'il n'avait aucune dette envers ces comptes. Les comptes de pension de retraite servaient simplement à comptabiliser et à divulguer le passif estimatif au titre des pensions. En appel, la juge Gillese n'a relevé aucune erreur dans cette conclusion, estimant que [TRADUCTION] « [l]es comptes de pension de retraite sont essentiellement des livres comptables prescrits par la loi » (par. 50).

[61] Bien qu'il ne fasse aucun doute que les comptes de pension de retraite ne sont pas des portefeuilles de titres négociables, les appelants affirment qu'il était erroné, pour les juridictions inférieures, de ne pas conclure que les comptes contiennent des éléments d'actif, à savoir des créances sur le gouvernement. Ils soutiennent que des fonds réels étaient versés aux comptes chaque année, mais que le gouvernement, parce qu'il ne les plaçait pas sur le marché externe, empruntait en fait de ces comptes pour son propre usage — y laissant des promesses de paiement. Selon eux, ces promesses constituent des éléments d'actif, qui s'apparentent aux obligations négociables du Canada.

[62] As I will presently explain, I agree with the respondent and the courts below that the Superannuation Accounts do not contain assets. The Superannuation Accounts are no more than accounting records designed to track the operation of the Plans and to estimate the government's future pension liabilities.

(1) The Superannuation Acts

[63] The Superannuation Accounts are all established by statute and, therefore, an analysis of their nature must begin with the legislation. The current Superannuation Account for the Public Service Superannuation Plan is a continuation of the account established by the 1952 revision of the *Civil Service Superannuation Act*, R.S.C. 1952, c. 50 (*PSSA*, definition of “*Superannuation Act*” in s. 3(1) and s. 4(2)). The 1952 Revised Statutes of Canada re-enacted, in turn, a provision that was originally found in *An Act to amend the Civil Service Superannuation Act*, S.C. 1944-45, c. 34, s. 6, enacted by Parliament in 1944.

[64] The *Civil Service Superannuation Act*, s. 21, provided that all funds collected and distributed pursuant to that Act flowed into, and out of, the CRF:

**21.** (1) The moneys received under the provisions of this Act shall form part of the Consolidated Revenue Fund, and the moneys payable under the said provisions shall be payable out of the said Consolidated Revenue Fund.

The CRF was defined to mean, at the relevant time, in *The Financial Administration Act*, S.C. 1951 (2nd Sess.), c. 12, s. 2(e), assented to December 21, 1951, “the aggregate of all public moneys that are on deposit at the credit of the Receiver General”. Section 21 of the *Civil Service Superannuation Act* further provided for a special account in the CRF, to be known as the Superannuation Account, for purposes of funds received and payable in respect of the Act:

(2) There shall be kept a Special Account in the Consolidated Revenue Fund, to be known as the

[62] Comme je l'expliquerai maintenant, je partage l'opinion de l'intimé et des juridictions inférieures que les comptes de pension de retraite ne contiennent pas d'éléments d'actif. Ces comptes ne sont que des documents comptables visant à suivre le fonctionnement des régimes et à estimer les engagements à venir du gouvernement au titre des pensions.

(1) Les lois sur les pensions

[63] Les comptes de pension de retraite étant tous d'origine législative, l'analyse de leur nature doit partir des textes de loi. L'actuel compte du régime de pension de retraite de la fonction publique est le prolongement du compte établi lors de la révision, en 1952, de la *Loi sur la pension du service civil*, S.R.C. 1952, ch. 50 (*LPFP*, définition de « *Loi sur la pension de retraite* », par. 3(1) et 4(2)). Les Statuts révisés du Canada de 1952 édictaient de nouveau une disposition qui figurait initialement dans la *Loi modifiant la Loi de la pension du service civil*, S.C. 1944-45, ch. 34, art. 6, édictée en 1944.

[64] L'article 21 de la *Loi sur la pension du service civil* prévoyait que les sommes perçues en application de cette loi étaient versées au Trésor (alors le Fonds du revenu consolidé (« FRC »)), sur lequel étaient également payées les sommes exigibles :

**21.** (1) Les deniers reçus sous le régime des dispositions de la présente loi font partie du Fonds du revenu consolidé, et les deniers payables en vertu desdites dispositions sont payables à même ledit Fonds du revenu consolidé.

À l'époque pertinente, la *Loi sur l'administration financière*, S.C. 1951 (2<sup>e</sup> sess.), ch. 12, al. 2e), sanctionnée le 21 décembre 1951, définissait ainsi le FRC : « ... l'ensemble de tous les deniers publics qui sont en dépôt au crédit du receveur général ». L'article 21 de la *Loi sur la pension du service civil* prévoyait en outre la tenue d'un compte spécial dans le FRC, appelé le compte de pension, réservé aux deniers reçus ou payables sous le régime de la Loi :

(2) Est tenu au Fonds du revenu consolidé un compte spécial, appelé le compte de pension, de tous les deniers

Superannuation Account, of all moneys so received or so payable, and there shall be added to the said Account annually an amount representing interest, at such rate and calculated in such manner as the Governor in Council may by regulation prescribe, on the amount to the credit of such account.

[65] The description of the Superannuation Account as a “Special Account in the Consolidated Revenue Fund . . . of all moneys so received or so payable” describes accounting entries — a record of transactions relating to government pension plans reflected in credits and debits. It is apparent from the statutory language that Parliament contemplated that the Account would reflect Plan-related transactions into and out of the CRF. Considered together with the direction to receive all Plan-related moneys into the CRF, and to pay them out of the CRF, the language is consistent with accounting entries rather than with a direction to keep a separate, identifiable accumulation of assets.

[66] As the current Superannuation Account is a continuation of the account established by the 1952 Revised Statutes of Canada (originally established legislatively in 1944), the current Superannuation Account continues to represent accounting entries reflecting, through credits and debits, superannuation Plan-related transactions into and out of the CRF.

[67] In this regard, I pause to remind that the Superannuation Account continues to exist notwithstanding the establishment in 2000 of the Pension Funds pursuant to Bill C-78. Benefits for pensionable service prior to April 1, 2000, are, generally, charged to the Superannuation Account and paid out of the CRF (*PSSA*, s. 43).

[68] The current *FAA* supports the view that all pension-related transactions are into and out of the CRF, and no money is deposited in or withdrawn from the Superannuation Accounts themselves. The *FAA* provides that “all public money shall be deposited to the credit of the Receiver General”, and it defines “public money” as including “all money that is paid to or received or collected by a public

ainsi reçus ou payables, et il doit être ajouté chaque année audit compte un montant représentant l’intérêt, au taux et calculé de la manière que le gouverneur en conseil peut prescrire par règlement, sur le montant au crédit dudit compte.

[65] La description du compte de pension comme un « compte spécial », « tenu au Fonds du revenu consolidé », « de tous les deniers ainsi reçus ou payables » décrit des écritures comptables — l’enregistrement des opérations se rapportant aux régimes de pension gouvernementaux sous forme de crédits et de débits. Le libellé de la loi indique que, dans l’esprit du législateur, le compte devait faire état des opérations — versements et prélèvements — reliées au régime qui étaient effectuées sur le FRC. Considéré avec la directive de verser les contributions au FRC et de payer les pensions sur le FRC, ce libellé correspond à la notion d’écritures comptables, et non à une directive selon laquelle des éléments d’actif devaient être conservés dans une caisse distincte et identifiable.

[66] Puisque le compte de pension de retraite actuel est le prolongement du compte établi par les Statuts révisés du Canada de 1952 (initialement créé par le législateur en 1944), il continue d’être un registre comptable faisant état, sous forme de crédits et de débits, des opérations reliées au régime de retraite effectuées sur le Trésor.

[67] Je rappelle, à cet égard, que le compte de pension de retraite existe toujours, malgré la création de la caisse de retraite par le projet de loi C-78, en 2000. Les prestations se rapportant au service ouvrant droit à pension antérieur au 1<sup>er</sup> avril 2000 sont généralement imputées au compte de pension de retraite et payées sur le Trésor (*LPFP*, art. 43).

[68] La *LGFP* actuelle étaye la position selon laquelle toutes les opérations relatives aux pensions sont effectuées sur le Trésor, et qu’aucun montant n’est déposé dans les comptes de pension de retraite eux-mêmes, ni prélevé sur ces comptes. La *LGFP* prévoit que « les fonds publics sont déposés au crédit du receveur général » et la définition des « fonds publics » qui y figure inclut « les fonds



officer under or pursuant to any Act . . . and is to be disbursed for a purpose specified in or pursuant to that Act” (ss. 17 and 2). Thus, while the *PSSA* no longer refers specifically to the Superannuation Account as being an account in the CRF, the scheme of the *FAA* provides that the moneys collected under the *PSSA* form part of the CRF. Thus, the continuation of the 1944 Superannuation Account, an account in the CRF, is consistent with the financial administration legislation currently in force.

[69] When Parliament first established the Superannuation Account, the intention was to create an accounting ledger to track the operation of the superannuation Plan. Not only does the Account record transactions into and out of the CRF, as I have explained, but the credit balance reflects an estimate of Canada’s future pension liability under the *PSSA*. This is demonstrated by the fact that, when the Account is in deficit (i.e., is an understatement of the actuarial estimate of pension liabilities), the *PSSA* requires the government to record actuarial liability credits to bring the credit balance in the Account — through annual instalments, to spread out the impact on the Public Accounts — toward the actuarial estimate of the future pension obligation (*PSSA*, s. 44(6) to (8)). In this way, the Superannuation Account is useful from a financial reporting perspective. And it explains why it is disclosed in the Public Accounts as a government liability.

[70] While the above discussion focuses on the Superannuation Account applicable to the Public Service Superannuation Plan, the conclusions apply equally to the other two pension plans at issue on this appeal. The Canadian Forces Superannuation Account is a continuation of the Permanent Services Pension Account established in the accounts of Canada pursuant to the *Defence Services Pension Act*, R.S.C. 1952, c. 63, as it read before March 1, 1960. The Permanent Services Pension Account was earlier enacted pursuant to *An Act to amend the Militia Pension Act*, S.C. 1946, c. 59,

perçus ou reçus par un fonctionnaire public sous le régime [. . .] d’une loi [. . .] et affectés à une fin particulière précisée dans l’acte en question ou conformément à celui-ci » (art. 17 et 2). Ainsi, bien que la *LPFP* n’énonce plus expressément que le compte de pension de retraite est un compte du Trésor, la *LGFP* prévoit que les fonds perçus conformément aux dispositions de la *LPFP* font partie du Trésor. Par conséquent, le maintien du compte de pension créé en 1944, un compte du FRC, concorde avec les dispositions législatives actuellement en vigueur en matière de gestion financière.

[69] Lorsqu’il a institué le compte de pension, le législateur a voulu créer un livre comptable pour suivre les opérations liées au régime de pension. Non seulement les sommes versées dans le Trésor et prélevées sur le Trésor sont inscrites dans le compte, comme je l’ai expliqué, mais le solde créditeur qui y est inscrit représente le montant estimatif de l’engagement à venir du Canada au titre des pensions sous le régime de la *LPFP*. En atteste le fait que, en cas de déficit du compte (c’est-à-dire si son solde est inférieur à l’estimation actuarielle du passif au titre des pensions), la *LPFP* oblige le gouvernement à porter au crédit du compte — au moyen de versements annuels, pour échelonner les répercussions sur les Comptes publics — les montants nécessaires pour ramener son solde créditeur au niveau de l’estimation actuarielle du passif futur au titre des pensions (*LPFP*, par. 44(6) à (8)). De cette façon, l’utilité du compte de pension de retraite s’inscrit dans une perspective d’information financière. Et cela explique pourquoi il figure en tant que passif aux Comptes publics.

[70] Bien que cette analyse se rapporte au compte de pension de retraite du régime de pension de la fonction publique, ses conclusions valent également pour les deux autres régimes en cause. Le compte de pension de retraite des Forces canadiennes est le prolongement du Compte de pension des services permanents établi dans les comptes du Canada en application de la *Loi sur les pensions des services de défense*, S.R.C. 1952, ch. 63, dans sa version antérieure au 1<sup>er</sup> mars 1960. Le Compte de pension des services permanents avait initialement été créé par la *Loi modifiant la Loi des pensions de la*

s. 6, and was described as “a Special Account in the Consolidated Revenue Fund”. Likewise, the RCMP Superannuation Account is a continuation of the Royal Canadian Mounted Police Pension Account established in the accounts of Canada pursuant to the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1952, c. 241, as it read before April 1, 1960. The Royal Canadian Mounted Police Pension Account was earlier enacted pursuant to *An Act to amend the Royal Canadian Mounted Police Act*, S.C. 1947-48, c. 28, s. 10, and was also said to be “a Special Account in the Consolidated Revenue Fund”.

[71] The legislation supports the finding that the Superannuation Accounts are accounting entries, rather than funded pools of assets.

(2) The “Borrowing Theory”

[72] The appellants’ argument that the Superannuation Account contained assets did not rely on the contention that there was identifiable property in the Accounts that could be liquidated or sold. (This much was admitted by the appellants’ expert, John Christie, at trial, upon cross-examination: A.R., vol. III, at p. 142.) His theory (the “Borrowing Theory”) was instead, that “[t]he assets of the plan are a promise to pay from the government of Canada, a debt of the government of Canada” (A.R., vol. III, at pp. 142-43). In his opinion, the assets consisted of the “promise to pay to the account the amount that was owed to it by the government of Canada” (p. 147).

[73] Scott Milne (the appellants’ accountant) presented a similar opinion. He stated at trial that the government has

effectively paid the money into the account, and then they have borrowed the money back from the account. So the end result is . . . that the pension account has a receivable from the government and the government has a payable to the pension account. [A.R., vol. IV, at p. 48]

*milice*, S.C. 1946, ch. 59, art. 6, où il était décrit comme un « compte spécial », « tenu au Fonds du revenu consolidé ». De la même façon le compte de pension de retraite de la GRC est le prolongement du Compte de pension de la Gendarmerie royale du Canada établi dans les comptes du Canada en application de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1952, ch. 241, dans sa version antérieure au 1<sup>er</sup> avril 1960. Ce compte avait initialement été créé par la *Loi modifiant la Loi de la Royale gendarmerie à cheval du Canada*, S.C. 1947-48, ch. 28, art. 10, qui le décrivait également comme un « compte spécial », « tenu au Fonds du revenu consolidé ».

[71] Les textes de loi étayaient la conclusion que les comptes de pension de retraite sont des écritures comptables et non des portefeuilles capitalisés d’actifs.

(2) La « théorie de l’emprunt »

[72] L’argument des appelants selon lequel le compte de pension de retraite contenait des éléments d’actif ne repose pas sur la prétention que des biens identifiables pouvant être liquidés ou vendus étaient détenus dans le compte. (Le témoin expert des appelants, John Christie, a reconnu à tout le moins cela en contre-interrogatoire au procès : d.a., vol. III, p. 142.) La thèse de ce témoin (la « théorie de l’emprunt ») était plutôt que [TRADUCTION] « [l’]actif du régime est une promesse du gouvernement du Canada de payer une dette qu’il a contractée » (d.a., vol. III, p. 142-143). Selon lui, l’actif consiste en la [TRADUCTION] « promesse de verser au compte le montant que lui doit le gouvernement du Canada » (p. 147).

[73] M. Scott Milne (le comptable des appelants) a exprimé une opinion analogue. Il a affirmé au procès que le gouvernement a

[TRADUCTION] effectivement versé l’argent dans le compte et l’a ensuite emprunté. Cela a pour résultat [. . .] que le compte de pension comporte une créance sur le gouvernement et que le gouvernement a une dette envers le compte de pension. [d.a., vol. IV, p. 48]

[74] The trial judge rejected the expert evidence supporting the Borrowing Theory, and the Court of Appeal agreed. I see no reason to interfere with this finding.

[75] The appellants argue, incorrectly in my view, that “if the Government did not borrow the amounts in the Superannuation Accounts, the only conclusion available is that it violated the *PSSA* by failing to contribute to the Accounts in the first place” (A.F., at para. 57). They assert that the experts testified at trial that the only way for the government to have met its statutory obligations without actually transferring money into the Accounts was through the Borrowing Theory. The problem, however, is that this argument is premised on a legally incorrect interpretation of the governing legislation. As already discussed, the Superannuation Accounts were — and are — legislated ledgers to track Plan-related CRF transactions and to estimate the government’s pension liabilities to Plan members. In short, they are accounting records — that is to say, *information* — not repositories of assets capable of holding property.

[76] For the appellants’ Borrowing Theory to hold together, it must be possible to say that the government was required to contribute property to the Superannuation Accounts, and that it was, in fact, borrowing this property back and depositing it into the CRF for public purposes. However, if the Superannuation Accounts are informational accounting records, as I have already concluded they are, this is manifestly impossible. There can be no transfer of actual property to — or borrowing from — an informational record. The property is, and always was, elsewhere: viz., prior to April 1, 2000, the legislation contemplated that all property associated with the operation of the Plans was to be held in, and ultimately be paid out of, the CRF. Throughout the operation of the Superannuation Accounts, there was no intermediate step in which any property should have gone into the Accounts, only to be immediately borrowed back by the government. Not only were such “offsetting

[74] Le juge de première instance n’a pas retenu les témoignages d’expert présentés à l’appui de la théorie de l’emprunt, et la Cour d’appel lui a donné raison. Je ne vois rien qui justifie de modifier cette conclusion.

[75] Les appelants soutiennent, à tort selon moi, que [TRADUCTION] « si le gouvernement n’a pas emprunté les fonds aux comptes de pension de retraite, la seule conclusion possible est qu’il a contrevenu à la *LPFP* en omettant de contribuer en fait aux comptes » (m.a., par. 57). Ils affirment que, selon le témoignage des experts, seule la théorie de l’emprunt permet de conclure, en l’absence de transfert effectif de fonds aux comptes, que le gouvernement s’est acquitté de son obligation légale. Cet argument procède toutefois d’une interprétation erronée des dispositions législatives applicables. Comme on l’a vu, les comptes de pension de retraite étaient — et sont — des livres comptables prescrits par la loi pour le suivi des opérations relatives aux régimes dans le Trésor et pour l’estimation des engagements du gouvernement envers les membres des régimes au titre des pensions. Bref, ces comptes sont des documents comptables — c’est-à-dire des *renseignements* —, et non des réserves d’éléments d’actif dans lesquels des biens peuvent être détenus.

[76] Pour que la théorie de l’emprunt avancée par les appelants tienne, il faut pouvoir affirmer que le gouvernement était tenu de faire un apport en biens aux comptes de pension de retraite et qu’il a, en fait, emprunté les biens apportés pour les déposer dans le Trésor à des fins publiques. Toutefois, si les comptes de pension de retraite sont des registres comptables informatifs, ainsi que je l’ai conclu, cela est évidemment impossible. Aucun bien ne peut être réellement transféré — ni emprunté — à un document informatif. Les biens sont et ont toujours été ailleurs : avant le 1<sup>er</sup> avril 2000, la loi exigeait que tous les biens liés au fonctionnement des régimes soient conservés dans le Trésor et prélevés sur le Trésor. Pendant toute la période d’activité des comptes de pension de retraite, aucune étape intermédiaire ne faisait en sorte que des biens y étaient transférés pour être aussitôt empruntés par le gouvernement. Non seulement les textes de loi ne prévoyaient pas de tels [TRADUCTION] « chèques de

cheques” (A.R., vol. IV, at p. 51) not contemplated by the legislation, but the trial judge also found as a fact that this is not how the government was operating the Accounts. Legislatively, the Accounts were informational records incapable of holding assets; in practice, they were treated as such. There was no borrowing from them; there was no debt owing to them; there was no property in them.

[77] As I have said, the *Superannuation Acts* required the government to record accounting credits and debits to track the operation of the Plans, and to pay the statutorily defined benefits to members out of the CRF. But they did *not* require the government to transfer assets into the Accounts, nor did they require the government to “borrow” from the Accounts or to place paperless government receivables in them to reflect this “borrowing”. The suggestion that any of this was statutorily required is not reflected in the relevant legislation. The Superannuation Accounts were intended to be, and were, part of the government’s accounting system. Contrary to the appellants’ contention, the Accounts were not capable of holding assets.

[78] The appellants also put before the Court various government documents and reports that refer to “borrowing” from the Superannuation Accounts. In the Auditor General’s 1991 report to the House of Commons, for example, it is stated that a

substantial portion of the government’s budgetary deficit is financed through internal non-cash borrowing from specified purpose accounts (SPAs). . . . These borrowings do not involve cash but rather result from a deferral of payments of contributions and interest owed by the government to the third parties on whose behalf the SPAs are administered. [A.R., vol. IV, at p. 233]

[79] Similarly, it is written in the 1994 report of the Economic Analysis and Forecasting Division, entitled “Public Service Pension Review: The Macroeconomic Impacts of Investing in A Diversified Portfolio of Market Assets”:

compensation » (d.a., vol. IV, p. 51), mais le juge de première instance a aussi tiré la conclusion factuelle que ce n’était pas ainsi que le gouvernement utilisait les comptes. Selon la loi, les comptes étaient des documents informatifs qui ne pouvaient renfermer des éléments d’actif, et c’est ainsi qu’ils étaient traités en pratique. Aucun emprunt n’était effectué sur ces comptes; rien ne leur était dû; ils ne contenaient aucun bien.

[77] Comme je l’ai indiqué, les lois sur les pensions obligeaient le gouvernement à enregistrer les crédits et les débits comptables pour suivre le fonctionnement des régimes, et à payer sur le Trésor les prestations déterminées prévues par la loi. Par contre, elles *n’exigeaient pas* que le gouvernement transfère des éléments d’actif aux comptes, ni qu’il « emprunte » sur les comptes ou qu’il y inscrive, pour refléter cet « emprunt », des créances sur le gouvernement non étayées par des pièces justificatives. Aucune de ces supposées exigences imposées par la loi ne se retrouve dans la législation pertinente. Les comptes de pension de retraite étaient censés faire partie et faisaient partie du système comptable du gouvernement. Contrairement à ce que soutiennent les appelants, ils ne pouvaient renfermer des éléments d’actif.

[78] Les appelants ont soumis à la Cour divers documents et rapports gouvernementaux faisant état d’« emprunts » aux comptes de pension de retraite. On peut ainsi lire dans le rapport du vérificateur général présenté à la Chambre des communes en 1991 qu’une

partie importante du déficit budgétaire du gouvernement est financée au moyen d’emprunts internes hors caisse sur les comptes à fins déterminées. [ . . . ] Ces emprunts ne sont pas en liquidités, mais constituent plutôt un report du paiement des contributions et des intérêts dus par le gouvernement à des tiers pour le compte desquels les comptes à fins déterminées sont administrés. [d.a., vol. IV, p. 233]

[79] On peut également lire dans un rapport préparé en 1994 par la Division de l’analyse et des prévisions économiques, intitulé « Public Service Pension Review : The Macroeconomic Impacts of Investing in A Diversified Portfolio of Market Assets » :

At present, the pension funds are, in effect, segmented off from the capital market. They constitute a pool of funds to which only the government has access. The Government “borrows” from the fund and credits the fund with interest as if the borrowing was done exclusively through 20-year Government of Canada bonds. [A.R., vol. V, at p. 167]

[80] It is important, however, to understand these references to “borrowing” in context. As the Treasury Board Secretariat explained in its response to the Auditor General’s 1991 report: “The government does not borrow funds directly from the public service pension accounts to finance other spending activities. The government has borrowed from the pension accounts only in the sense that by not raising money to invest required employee and government contributions in marketable securities it has not had to borrow money in the capital markets” (A.R., vol. IV, at p. 237).

[81] There is a difference between saying that the effect of the superannuation scheme operates *as if* the government were borrowing from the capital markets, without actually doing so — as the Treasury Board Secretariat explains — and saying the government is *actually* borrowing *from* the Superannuation Accounts, in the sense that a debt is owing *to* the Accounts (such that the Accounts hold government receivables). The legislation does not support the appellants’ contention that there was borrowing from the Accounts. The superannuation scheme reflects “internal borrowing” only in the sense that it avoids, by design, the need for the external borrowing that would otherwise be required to finance the government’s pension obligations.

[82] It remains only to dispose of the appellants’ reliance on *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222. In that case, this Court was concerned with the Crown’s obligations in respect of oil and gas royalties collected on behalf of Aboriginal bands. The Crown deposited the royalties into the CRF and credited interest based on the market yield of long-term government bonds. Superficially relevant to this

[TRADUCTION] À l’heure actuelle, les caisses de retraite sont détachées des marchés financiers. Elles constituent une réserve de fonds à laquelle seul le gouvernement a accès. Le gouvernement « emprunte » à la caisse et porte des intérêts à son crédit comme si l’emprunt s’effectuait uniquement au moyen d’obligations du gouvernement du Canada à 20 ans. [d.a., vol. V, p. 167]

[80] Il importe cependant de placer ces mentions d’« emprunts » dans leur contexte. Dans sa réponse au rapport du vérificateur général de 1991, le Secrétariat du Conseil du Trésor a précisé que le gouvernement n’empruntait pas directement des fonds des comptes de pension de la fonction publique pour financer d’autres activités. Il a expliqué que le gouvernement n’avait emprunté à ces comptes que dans le sens où, parce qu’il n’avait pas rassemblé des fonds pour investir les contributions exigées des employés et de l’employeur dans des titres négociables, il n’avait pas eu besoin d’emprunter sur les marchés financiers (d.a., vol. IV, p. 237).

[81] Il y a une différence entre expliquer — comme le fait le Secrétariat du Conseil du Trésor — que le régime de pension fonctionne *comme si* le gouvernement empruntait sur les marchés financiers, sans contracter effectivement de tels emprunts, et affirmer que le gouvernement emprunte *effectivement* des fonds *aux* comptes de pension de retraite, en ce sens qu’il contracte une dette *envers* les comptes (de sorte que les comptes contiennent une créance sur le gouvernement). L’argument des appelants qu’il y a eu emprunt dans les comptes ne trouve pas appui dans les textes de loi. On ne peut parler d’« emprunt interne » à l’égard du régime de pension qu’au sens où le régime, tel qu’il est conçu, évite le recours aux emprunts externes qui seraient autrement nécessaires pour financer les obligations du gouvernement au titre des pensions.

[82] Ne reste donc que l’argument des appelants fondé sur *Bande et nation indiennes d’Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222. Cette affaire portait sur les obligations du Canada à l’égard des redevances d’exploitation de ressources pétrolières et gazières perçues pour le compte de bandes indiennes. La Couronne avait versé les redevances au Trésor et crédité des intérêts à un taux lié au rendement sur le marché des obligations

appeal is the discussion in that case of the Crown's "borrowing" of royalty moneys. The bands argued that the Crown was in breach of its fiduciary duty because (1) a trustee is not permitted to borrow from a trust fund, and (2) by holding the royalties in the CRF for use by the Crown, the Crown was engaged in "forced borrowing" of the assets in the trust (para. 126). This Court agreed that the "Crown is borrowing the bands' money held in the CRF" (para. 127). However, it concluded that this practice was not a breach of the Crown's fiduciary duty because the "borrowing" was required by legislation (para. 127).

[83] It might be said that a similar type of "borrowing" is reflected in the present appeal. While the government owed future obligations to the Plan members (their statutorily defined benefits), it had the use of current funds in the CRF, including the amounts of employee contributions withheld from their pay cheques. Likewise, by not having to withdraw funds from the CRF to satisfy its own contribution obligations, the government continued to have the use of funds that it would have otherwise had to set aside to invest in marketable securities. As already discussed, however, it does not follow from this "internal borrowing" that the Superannuation Accounts contain government receivables: the Superannuation Accounts are no more than legislated accounting records. *Ermineskin* does not suggest otherwise.

[84] Further, in *Ermineskin*, the Crown received royalty moneys "in trust" for the bands, and the Court concluded that the relationship between the Crown and the bands was "trust-like in nature" (para. 74). Upon collecting the royalty moneys, "in trust", the Crown was statutorily required to retain them in the CRF (para. 127). In other words, the legislation required the Crown to take property that was subject to a "trust-like" fiduciary duty, collected on behalf of beneficiaries, and to deposit it into the CRF for public use. It is accurate to describe this statutory scheme as involving the public "borrowing" of property from the "trust".

à long terme du gouvernement. L'examen qui y est fait de l'« emprunt » des redevances par l'État recèle quelque pertinence superficielle pour le présent pourvoi. Les bandes ont soutenu que l'État avait manqué à son obligation fiduciaire parce que : (1) un fiduciaire n'est pas autorisé à emprunter des fonds à la fiducie et (2) le versement des redevances au Trésor et leur mise à la disposition de la Couronne équivalait à un « prêt forcé » de l'actif de la fiducie (par. 126). Notre Cour a convenu que la « Couronne emprunte l'argent des bandes déposé dans le Trésor » (par. 127), mais elle a conclu qu'elle ne contrevenait pas à son obligation fiduciaire en procédant ainsi parce que l'« emprunt » était exigé par la loi (par. 127).

[83] Il est possible de voir un type analogue d'« emprunt » en l'espèce. Le gouvernement avait des obligations futures envers les membres des régimes (le versement des prestations déterminées prévues par la loi), mais il avait l'usage des fonds alors déposés dans le Trésor, y compris des contributions retenues sur le salaire des employés. De la même façon, en n'ayant pas à retirer de fonds du Trésor pour s'acquitter de sa propre obligation de contribuer aux régimes, le gouvernement a continué à disposer de fonds qu'il aurait autrement dû réserver pour les placer dans des titres négociables. Cependant, comme nous l'avons vu, il ne résulte pas d'un tel « emprunt interne » que les comptes de pension de retraite contiennent une créance sur le gouvernement. Ces comptes ne sont que des livres comptables prescrits par la loi. L'arrêt *Ermineskin* n'indique par qu'il en est autrement.

[84] En outre, dans l'affaire *Ermineskin*, les redevances étaient reçues « en fiducie » pour les bandes, et la Cour a conclu que la relation entre la Couronne et les bandes « s'apparent[ait] » à celle établie par une fiducie (par. 74). La Couronne était légalement tenue de verser au Trésor les redevances qu'elle percevait « en fiducie » (par. 127). Autrement dit, la loi imposait à la Couronne l'obligation de prendre un bien assujéti à une obligation fiduciaire « s'apparent[ant] » à celle établie par une fiducie, perçu pour le compte de bénéficiaires, et de le verser au Trésor pour utilisation à des fins publiques. Il est exact de parler d'« emprunt »

This is in contrast to the present case: the government did not undertake, expressly or impliedly, to act in the best interests of Plan members with respect to the actuarial surplus (discussed below). The Superannuation Accounts are just accounting records and they are not funds, nor are they “trust-like”, such that it is possible to borrow from them.

[85] Accordingly, the courts below were right to reject the Borrowing Theory. Panet J. correctly found that, “[i]n fact, there is no such borrowing and there is no amount owing by the government to the Superannuation Account of each plan” (para. 222).

### (3) The Word “Assets”

[86] The appellants point out that the *Superannuation Acts* and the *PPRA* use the word “assets” in connection with the Superannuation Accounts.

[87] The *PSSA* 1954 required the reporting of “an estimate of the extent to which the assets of the said [Superannuation] Account are sufficient to meet the cost of the benefits payable under this Act” (s. 33). The *PPRA* provides that the “Minister shall cause a certification of the assets of a pension plan established under the *Canadian Forces Superannuation Act*, . . . the *Public Service Superannuation Act*, [and] the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act* . . . to be made and a report thereof to be filed” (s. 8). The *PPRA* also refers to the “going concern assets” of the Plans (s. 7).

[88] These provisions pre-date Bill C-78, which amended the *Superannuation Acts* to make specific reference to the *PPRA*. From September 14, 1999, onward, the *PSSA*, for example, provided:

45. In accordance with the *Public Pensions Reporting Act*, a cost certificate, an actuarial valuation report and an assets report on the state of each of the Superannuation Account, the Public Service

public à une « fiducie » pour décrire ce régime légal. Ce n’est toutefois pas le cas en l’espèce : non seulement le gouvernement ne s’est pas engagé, expressément ou implicitement, à agir dans l’intérêt des membres des régimes à l’égard des surplus actuariels (comme on le verra plus loin), mais les comptes de pension de retraite ne sont que des documents comptables. Ce ne sont pas des caisses et ils ne s’« apparente[nt] » pas à des fiducies, de sorte qu’il n’est pas possible d’emprunter à ces comptes.

[85] Par conséquent, les juridictions inférieures ont eu raison de rejeter la théorie de l’emprunt. Le juge Panet a conclu à bon droit que [TRADUCTION] « [e]n fait, il n’y a pas eu d’emprunt, et le gouvernement ne doit rien au compte de pension de retraite de chacun des régimes » (par. 222).

### (3) Le mot « actif »

[86] Les appelants soulignent que les lois sur les pensions et la *LRRPP* emploient le mot « actif » en rapport avec les comptes de pension de retraite.

[87] La *LPFP* de 1954 exigeait la présentation d’un rapport renfermant « une estimation de la mesure où l’actif dudit compte suffit à couvrir le coût des prestations payables en vertu de la présente loi » (art. 33). La *LRRPP* énonce que le « ministre fait certifier l’actif d’un régime de pensions établi en vertu de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, [. . .] la *Loi sur la pension de retraite de la fonction publique* [et] la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada* [. . .] et exige qu’un rapport à ce sujet lui soit présenté » (art. 8). Elle fait aussi mention de l’« actif à long terme » des régimes (art. 7).

[88] Ces dispositions sont antérieures au projet de loi C-78, qui a modifié les lois sur les pensions afin que la *LRRPP* y soit expressément mentionnée. Depuis le 14 septembre 1999, par exemple, la *LPFP* prévoit :

45. Un certificat de coût, un rapport d’évaluation actuarielle et un rapport sur l’actif relatifs à l’état du compte de pension de retraite et à la situation du Fonds de placement du compte de pension de retraite de la

Superannuation Investment Fund and the Public Service Pension Fund shall be prepared, filed with the Minister designated under that Act and laid before Parliament.

[89] The appellants say that these legislative references mean that the Superannuation Accounts contain assets, in the sense that there is something of value in the Accounts to which the Plan members could have an equitable interest.

[90] In my view, the word “assets” in the *Superannuation Acts* and the *PPRA*, when it is used in connection with the Superannuation Accounts, refers to the credit balances reflected in the Accounts. As discussed above, the actual moneys related to pension contributions remained in the CRF until paid out to members, and the Accounts did not contain government debt. The Superannuation Accounts themselves reflect accounting credits and debits. Prior to Bill C-78, there was no mechanism in the *Superannuation Acts*, or elsewhere, to direct payments into a separate pension fund.

[91] Accordingly, the word “assets” in the legislation cannot indicate that the Superannuation Accounts contain any property to which the Plan members could have an interest. I would not, however, agree with the Court of Appeal’s suggestion that the Parliamentary use of the word “assets” reflects “sloppy use of language” (para. 49). Rather, the word “asset” is being used in the *Superannuation Acts* and the *PPRA* in a different sense: as Panet J. said in respect of the actuarial reports periodically submitted to Parliament, the term “assets” refers to the credit balances in the Superannuation Accounts (para. 228). The same, in my view, applies to the legislation. It is simply a matter of definition.

#### (4) Extrinsic Aids

[92] The appellants rely on several representations by government to the effect that the

fonction publique et de la Caisse de retraite de la fonction publique doivent, conformément à la *Loi sur les rapports relatifs aux pensions publiques*, être préparés, déposés auprès du ministre désigné au titre de la même loi et déposés devant le Parlement.

[89] Selon les appelants, de telles mentions dans les textes de loi signifient que les comptes de pension de retraite contiennent des éléments d’actif, en ce sens qu’il y aurait dans ces comptes une chose de valeur dans lequel les membres des régimes pourraient avoir un intérêt en equity.

[90] Dans les lois sur les pensions et la *LRRPP*, le mot « actif », lorsqu’il est employé en liaison avec les comptes de pension de retraite, se rapporte selon moi aux soldes créditeurs des comptes. Comme je l’ai expliqué plus tôt, l’argent des contributions au titre des pensions était conservé dans le Trésor jusqu’au versement des prestations aux membres, et les comptes ne contenaient pas de créance sur le gouvernement. Les comptes de pension de retraite eux-mêmes sont l’expression comptable des crédits et des débits. Avant le projet de loi C-78, il n’existait dans les lois sur les pensions, ni dans d’autres lois, aucun mécanisme pourvoyant au versement de sommes dans une caisse de retraite distincte.

[91] Par conséquent, le mot « actif », dans les lois, ne peut pas signifier que les comptes de pension de retraite renferment quelque bien que ce soit dans lequel les membres des régimes pourraient avoir un intérêt. Je ne suis par contre pas d’accord avec la Cour d’appel lorsqu’elle avance que l’emploi du mot « actif » relève d’une [TRADUCTION] « rédaction approximative » (par. 49). Je suis plutôt d’avis que, dans les lois sur les pensions et la *LRRPP*, le mot « actif » est utilisé dans un autre sens : comme le juge Panet l’a indiqué au sujet des rapports actuariels périodiques soumis au Parlement, le terme « actif » renvoie aux soldes créditeurs des comptes de pension de retraite (par. 228). Selon moi, il en est de même pour les dispositions législatives. Il s’agit simplement d’une question de définition.

#### (4) Moyens extrinsèques

[92] Les appelants citent de nombreuses déclarations du gouvernement indiquant que les comptes



Superannuation Accounts contain assets. The authority to rely on such representations is found in *Schmidt*, where Cory J. stated:

Documents not normally considered to have legal effect may nonetheless form part of the legal matrix within which the rights of employers and employees participating in a pension plan must be determined. Whether they do so will depend upon the wording of the documents, the circumstances in which they were produced, and the effect which they had on the parties, particularly the employees. [p. 669]

[93] In *Burke*, however, this Court determined that, where the relevant articles in the plan documents were unambiguous, it was not necessary to consider surrounding documents (in that case, employer pension booklets) as interpretative aids.

[94] *Schmidt* and *Burke* were decided in the private law context. As this case involves statutory plans, the considerations are different. Specifically, it is necessary to consider the law on extrinsic evidence in statutory interpretation.

[95] As this Court reiterated in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, “[i]t is only when genuine ambiguity arises between two or more plausible readings, each equally in accordance with the intentions of the statute, that the courts need to resort to external interpretive aids” (para. 29 (emphasis deleted), quoting *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, at para. 14).

[96] I have found that the *Superannuation Acts* require the Superannuation Accounts to operate like accounting records, tracking pension-related payments that are made into and out of the CRF. The Accounts are not required by the *Superannuation Acts* to be segregated, funded accounts, that receive or make any actual payments themselves; thus, the legislation does not require them to contain assets. The language in the legislation is quite

de pension de retraite renferment des éléments d’actif. L’arrêt *Schmidt* est la décision qui fait autorité relativement à l’utilisation de tels écrits. Le juge Cory explique ce qui suit :

Les documents qui ne sont pas considérés normalement comme ayant un effet juridique peuvent néanmoins faire partie de la structure juridique dans laquelle les droits des employeurs et des employés cotisant à un régime de retraite doivent être déterminés. La question de savoir s’ils en font partie dépend du texte des documents, des circonstances dans lesquelles ils ont été rédigés et de l’incidence qu’ils ont eue sur les parties, particulièrement sur les employés. [p. 669]

[93] Dans *Burke*, toutefois, notre Cour a statué que, lorsque les dispositions pertinentes des régimes ne sont pas ambiguës, il n’est pas nécessaire de recourir à d’autres documents (dans cette affaire, des brochures de l’employeur au sujet du régime) comme outils d’interprétation.

[94] Les décisions *Schmidt* et *Burke* ont été rendues dans un contexte de droit privé. Les régimes en l’espèce étant d’origine législative, les éléments à considérer ne sont pas les mêmes. Plus précisément, il faut examiner le droit relatif à la preuve extrinsèque dans l’interprétation des lois.

[95] Comme notre Cour l’a répété dans *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, « [c]’est uniquement lorsque deux ou plusieurs interprétations plausibles, qui s’harmonisent chacune également avec l’intention du législateur, créent une ambiguïté véritable que les tribunaux doivent recourir à des moyens d’interprétation externes » (par. 29 (soulignement omis), citant *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, par. 14).

[96] J’ai conclu que les lois sur les pensions exigent que les comptes de pension de retraite servent de documents comptables pour le suivi des sommes qui sont déposées au Trésor ou en sont retirées au titre des pensions. Elles n’exigent pas qu’ils constituent des comptes distincts capitalisés dans lesquels des fonds sont effectivement versés ou prélevés; les lois n’exigent donc pas qu’ils contiennent des éléments d’actif. Le libellé des textes législatifs

consistent: “assets” simply has a statutorily specific meaning, namely, the credit balances in the Accounts. However, even were it appropriate to look at extrinsic materials, they do not assist the appellants for the reasons that follow.

[97] The appellants present documents that were produced years after the Superannuation Accounts were established. They have not pointed to documents coinciding with (or preceding) the creation of the Superannuation Accounts, which, as noted above, are *continued* by the current *Superannuation Acts*.

[98] The appellants’ documents therefore reflect subsequent governments’ interpretations of previous Parliamentary work (*United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at para. 45). However, as Cory and Iacobucci JJ. wrote in the context of subsequent legislative history, “in matters of legal interpretation, it is the judgment of the courts and not the lawmakers that matters. It is for judges to determine what the intention of the enacting Parliament was” (para. 45). Accordingly, it is necessary to be cautious when relying on the many subsequent government documents to which the appellants have referred the Court.

[99] Further, Parliament, which created the Superannuation Accounts, is to be distinguished from the executive branch of government, which administers them. Although it is not impossible that governmental documents could assist in the interpretation of legislation, the words of subsequent government Ministers and bureaucrats offer minimal guidance in identifying Parliament’s intention concerning the Superannuation Accounts.

[100] The appellants present one Parliamentary debate that took place prior to the enactment of Bill C-78. In February 1992, the President of the Treasury Board said, when introducing Bill C-55, that the “bill also proposes that all [superannuation] plans should henceforth be operated on a fully funded basis” (*House of Commons Debates*, vol. VI,

est très cohérent : le terme « actif » revêt simplement un sens particulier dans les lois, celui de solde créditeur des comptes. Toutefois, même en supposant qu’il convienne de recourir à des moyens extrinsèques, ceux-ci ne seraient d’aucun secours aux appelants pour les raisons qui suivent.

[97] Les appelants ont soumis des documents qui ont été préparés des années après la création des comptes de pension de retraite. Ils n’ont pas cité de documents dont la date correspond ou est antérieure à celle de la création des comptes qui, comme nous l’avons vu, ont été *maintenus* par les lois sur les pensions actuellement en vigueur.

[98] Par conséquent, les documents soumis par les appelants exposent l’interprétation attribuée postérieurement par des gouvernements à des travaux parlementaires antérieurs (*États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 45). Toutefois, comme l’ont écrit les juges Cory et Iacobucci en rapport avec l’évolution législative subséquente, « en matière d’interprétation de la loi, c’est le jugement des tribunaux, et non celui des législateurs, qui importe. Il appartient aux juges de déterminer quelle était l’intention du législateur qui a adopté la loi » (par. 45). La prudence s’impose donc à l’égard du recours aux nombreux documents gouvernementaux postérieurs cités par les appelants.

[99] Il faut en outre faire la distinction entre le législateur, qui a créé les comptes de pension de retraite, et l’exécutif, qui les administre. Bien qu’il ne soit pas impossible que des documents gouvernementaux puissent servir à l’interprétation de textes de loi, les propos de ministres ou de fonctionnaires subséquents ne sont guère utiles pour déterminer quelle était l’intention du législateur au sujet des comptes de pension de retraite.

[100] Les appelants se reportent à un débat parlementaire antérieur à l’édiction du projet de loi C-78. Au mois de février 1992, le président du Conseil du Trésor a indiqué, au sujet du projet de loi C-55, qu’il « prévoit notamment que la gestion de tous les régimes [de pension] devrait dorénavant être axée sur une capitalisation intégrale » (*Débats de*

3rd Sess., 34th Parl., February 24, 1992, at p. 7486). He went on to say that the *Superannuation Acts* would be amended to “consolidat[e] the assets and obligations in respect of each [sector]” (p. 7486).

[101] However, Bill C-55, which was enacted as S.C. 1992, c. 46, did nothing to change the nature of any of the Superannuation Accounts. The Accounts did not hold actual assets before 1992, and the amendments did not change this fact.

[102] The notion that Bill C-55 made the Superannuation Accounts “fully funded” is also found in the 1993 document “Treasury Board Secretariat and Department of Finance Study of the Implications of the Current and Alternative Methods of Financing Federal Public Service Pensions”. With respect to the words “fully funded”, the document states: “Among other provisions of Bill C-55, the Superannuation Acts were amended to require, effective April 1991, that the plans be fully funded; that is, that contributions be made each month by the Government which, together with employee contributions and interest credits, are sufficient to provide for the cost of the benefits that have accrued in respect of that month” (A.R., vol. V, at p. 221). In other words, “fully funded” in this context refers to government contribution credits that must be made to record the cost of benefits accruing each month. It does not refer to an identifiable fund of assets set aside to cover the government’s pension liabilities.

[103] The appellants also present a Treasury Board document entitled “Basic Facts about Pensions in the Public Service of Canada”, dated October 18, 1976. The Treasury Board expressly denied that the Plans (other than indexation benefits) were “pay-as-you-go”. Rather, the Treasury Board said that the “basic pensions are fully funded in a government account” (A.R., vol. V, at p. 11). The “Basic Facts” document explained the meaning of “fully funded” as follows: “This means that

*la Chambre des communes*, vol. VI, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 24 février 1992, p. 7486). Il a ajouté que les lois sur les pensions seraient modifiées de façon à « consolider ainsi l’actif et le passif concernant chaque [secteur] » (p. 7486).

[101] Or, le projet de loi C-55 a été adopté (L.C. 1992, ch. 46), mais il n’a en rien modifié la nature de l’un ou l’autre des comptes de pension de retraite. Ces comptes ne contenaient pas d’éléments d’actif avant 1992, et la modification législative n’a rien changé à cela.

[102] L’idée que le projet de loi C-55 a instauré la « capitalisation intégrale » des comptes de pension de retraite se trouve également dans un document de 1993, intitulé « Treasury Board Secretariat and Department of Finance Study of the Implications of the Current and Alternative Methods of Financing Federal Public Service Pensions ». Au sujet de la « capitalisation intégrale », ce document indique ce qui suit : [TRADUCTION] « Le projet de loi C-55 modifie notamment les lois sur les pensions pour exiger qu’à compter du mois d’avril 1991, les régimes soient entièrement capitalisés; c’est-à-dire que le gouvernement fasse chaque mois des contributions qui, ajoutées à celles des employés et aux crédits d’intérêt, sont suffisantes pour financer le coût des prestations acquises relativement à ce mois » (d.a., vol. V, p. 221). En d’autres termes, la « capitalisation intégrale », dans ce contexte, renvoie aux contributions du gouvernement qui doivent être portées au crédit des comptes pour refléter le coût des prestations acquises chaque mois. Elle ne s’entend pas d’une caisse d’éléments d’actif identifiable, réservée pour couvrir les engagements du gouvernement au titre des pensions.

[103] Les appelants ont également produit un document du Conseil du Trésor daté du 18 octobre 1976, intitulé « Quelques données de base sur les pensions dans la fonction publique ». Le Conseil du Trésor a expressément nié que les régimes (sauf pour ce qui est de l’indexation des prestations) étaient financés « “au jour le jour” (pay as you go) ». Il a plutôt indiqué que « les pensions de base sont entièrement capitalisées dans un compte du gouvernement » (d.a., vol. V, p. 11). Le document

pensions are provided for in such a way that, if the Plan were suddenly terminated, the Account would, without further contributions but with future interest earnings, have sufficient credits to meet the pension payments . . .” (A.R., vol. V, at pp. 10-11).

[104] The description of the Accounts as “fully funded” is also found in an undated pension booklet which was at one time given to federal employees (A.R., vol. V, at p. 83). And, as in the *Superannuation Acts*, the language of “assets” can be found in various internal and external governmental documents (see e.g. “Public Service Pensions”, January 1970 (A.R., vol. V, at p. 5)).

[105] While the government documents presented by the appellants use language stating that the Accounts contain assets, other government documents, presented by the government, support the argument that they do not. The Auditor General has several times expressed — in his official observations on the Public Accounts — that the Superannuation Accounts are “unfunded pensions, in the sense that assets have not been set aside to pay for ultimate pension benefits” (“Supplementary Information: Observations by the Auditor General on the Financial Statements of the Government of Canada and the Statement of Transactions of the Debt Servicing and Reduction Account”, in *Public Accounts of Canada 1997* (1997), vol. I, 1.25, at p. 1.28; see also “Supplementary Information: Observations by the Auditor General on the Financial Statements of the Government of Canada, the Statement Required Under the *Spending Control Act* and the Statement of Transactions of the Debt Servicing and Reduction Account”, in *Public Accounts of Canada 1996* (1996), vol. I, 1.24, at p. 1.27).

[106] Similarly, the Towers Perrin consulting report, “Return Expectations for the Public Service Superannuation Fund”, prepared for the Department of Finance and Treasury Board in 1993, states that, “[i]n the case of the PSSF [the

sur les « données de base » explique ainsi ce que signifient des pensions « entièrement capitalisées » : « [c]ela veut dire que les pensions sont financées de façon telle que si on mettait subitement fin au régime, le compte pourrait, sans contributions additionnelles mais avec les intérêts éventuels, rencontrer les paiements de pension . . . » (d.a., vol. V, p. 10-11).

[104] Une brochure non datée distribuée aux fonctionnaires fédéraux décrit également les comptes comme [TRADUCTION] « entièrement capitalisées » (d.a., vol. V, p. 83). De plus, les termes « actif » et « assets », employés dans les versions française et anglaise des lois sur les pensions, figurent dans divers documents internes et externes (voir, p. ex., « Public Service Pensions », janvier 1970 (d.a., vol. V, p. 5)).

[105] Bien que le texte des documents gouvernementaux soumis par les appelants indique que les comptes contiennent des éléments d’actif, d’autres documents gouvernementaux, déposés par le gouvernement, étayaient l’argument qu’ils n’en contiennent pas. Le vérificateur général a souvent exposé — dans ses observations officielles relatives aux Comptes publics — que les comptes de pension de retraite sont des « régimes non capitalisés, au sens où le gouvernement n’a pas mis de côté des actifs pour les pensions qu’il aura un jour à payer » (« Information supplémentaire : Observations du vérificateur général sur les états financiers du gouvernement du Canada et l’état des opérations du compte de service et de réduction de la dette », *Comptes publics du Canada 1997* (1997), vol. I, 1.26, p. 1.29; voir aussi « Information supplémentaire : Observations du vérificateur général sur les états financiers du gouvernement du Canada, l’état exigé en vertu de la *Loi limitant les dépenses publiques* et l’état des opérations du compte de service et de réduction de la dette », *Comptes publics du Canada 1996* (1996), vol. I, 1.25, p. 1.28).

[106] Le rapport de consultation Towers Perrin, « Return Expectations for the Public Service Superannuation Fund », préparé à la demande du ministère des Finances et du Conseil du Trésor en 1993, explique que [TRADUCTION] « [s]’agissant de

“Public Service Superannuation Fund”), the plan is not ‘funded’ in the sense of an externally invested trust fund, but it is accounted for and actuarially treated as if it were” (A.R., vol. V, at p. 145 (emphasis added)). In this document, the Plans are referred to as “notionally-funded”.

[107] In my view, even if reference to extrinsic aids was appropriate, the extrinsic evidence available is inconclusive. Nor does it afford insight into the intention of Parliament when creating the Superannuation Accounts. Thus, I cannot give much weight to the documents presented by the appellants in their submissions. It would appear that, from time to time, government officials have inaccurately described the Superannuation Accounts in publications and internal communications.

(5) Conclusion on Whether the Superannuation Accounts Contain Assets

[108] For the reasons given, I agree with the courts below that the Superannuation Accounts do not hold assets — not even the government receivables that the appellants suggest they contain. The *Superannuation Acts* created the Accounts to track Plan-related CRF transactions and to estimate the government’s pension liabilities to Plan members. In this way, they are accounting records, not funded and segregated pools of assets. When the word “assets” is used in the legislation in reference to the Superannuation Accounts, it merely signifies their credit balances, not anything of value to which the appellants could have an interest.

[109] The courts below were correct to reject the theory that the government borrowed from the Accounts, placing in them promises to pay by the government (the purported assets in the Accounts).

la CRFP [la Caisse de retraite de la fonction publique], le régime n’est pas “capitalisé” au sens où des fonds en fiducie seraient investis sur le marché externe, mais, sur les plans comptable et actuariel, il est traité comme si c’était le cas » (d.a., vol. V, p. 145 (je souligne)). Ce document décrit les régimes comme [TRADUCTION] « théoriquement capitalisés ».

[107] Je suis d’avis que, même si le recours à des moyens extrinsèques était approprié, les éléments de preuve extrinsèques ne sont pas concluants et ils ne nous éclairent pas sur l’intention que poursuivait le législateur en créant les comptes de pension de retraite. Je ne puis donc accorder beaucoup de poids aux documents présentés par les appelants à l’appui de leur argumentation. Il semble que des représentants du gouvernement aient parfois décrit les comptes de pension de retraite de façon inexacte dans des documents internes ou destinés au public.

(5) Conclusion sur la question de savoir si les comptes de pension de retraite contiennent des éléments d’actif

[108] Pour les motifs exposés précédemment, je souscris à l’opinion des juridictions inférieures selon laquelle les comptes de pension de retraite ne contiennent pas d’éléments d’actif — pas même les créances sur le gouvernement qu’ils sont censés contenir selon les appelants. Les lois sur les pensions ont établi ces comptes pour suivre les opérations effectuées dans le Trésor à l’égard des régimes et pour estimer les engagements du gouvernement envers les membres des régimes au titre des pensions. Il s’ensuit qu’il s’agit de documents comptables, et non de portefeuilles d’éléments d’actif capitalisés et distincts. Le mot « actif », employé dans les dispositions législatives à l’égard des comptes de pension de retraite, s’entend simplement du solde créditeur des comptes, et non d’une chose de valeur dans laquelle les appelants pourraient posséder un intérêt.

[109] C’est à bon droit que les juridictions inférieures ont rejeté la théorie selon laquelle le gouvernement avait emprunté aux comptes contre des promesses de remboursement (les éléments d’actif

This theory is inconsistent with the legislation in that it assumes that the government was required to contribute property into the Accounts in the first place. As the Accounts are no more than accounting records, this would have been impossible. Prior to April 1, 2000, all of the real money associated with Canada's pension scheme remained unsegregated in the CRF, until benefits were actually paid — out of the CRF — to Plan members.

[110] I have concluded that the Superannuation Accounts do not contain assets. Therefore, there was no property in respect of which Plan members can have a legal or equitable interest. However, even if the Accounts did contain assets, the appellants have not established that Plan members have a proprietary interest in either their contributions made or in the government credits under the *Superannuation Acts*.

[111] On a plain reading of the *Superannuation Acts*, there is no suggestion that the Plan members have a proprietary interest in their contributions. Contributing employees can claim no continuing property interest in these amounts. In exchange for their contributions, and with each year of pensionable service, employees gain a legal entitlement to a future benefit. That is the nature of this defined benefit plan.

[112] The appellants asserted that employees have an interest in both the employee and employer contributions, plus interest, on the basis that they form part of employees' total compensation. Even if it were to be assumed that employees have an interest in the contributions at the point in time at which their salaries are to be paid to them, no interest in these amounts could survive the requirement in the *Superannuation Acts* that they be paid into the CRF and credited to the Accounts. Rather, this is the "cost" paid by employees for the future legal entitlement to their statutorily defined benefits. The *Superannuation Acts* also do not establish

censés s'y trouver). Cette théorie ne cadre pas avec les dispositions législatives, car elle postule que le gouvernement était tenu de contribuer aux comptes en y plaçant des biens. Ces comptes n'étant que des documents comptables, cela aurait été impossible. Avant le 1<sup>er</sup> avril 2000, les fonds réels liés au système de pension du gouvernement étaient indistinctement incorporés au Trésor, jusqu'au paiement — sur le Trésor — des prestations aux membres des régimes.

[110] J'ai conclu que les comptes de pension de retraite ne contiennent pas d'éléments d'actif. En conséquence, il n'existait aucun bien dans lequel les membres des régimes pouvaient avoir un intérêt en common law ou en equity. Et, même en supposant que les comptes contiennent des éléments d'actif, les appelants n'ont pas établi que les membres des régimes pouvaient revendiquer un intérêt propriétaire dans les contributions qu'ils ont versées ou les crédits gouvernementaux prévus par les lois sur les pensions.

[111] Selon le sens ordinaire des lois sur les pensions, celles-ci n'indiquent pas que les membres des régimes posséderaient un intérêt propriétaire dans leurs contributions. Les fonctionnaires qui ont contribué aux régimes ne peuvent revendiquer aucun intérêt propriétaire toujours existant dans ces montants. En contrepartie de leurs contributions, ils acquièrent le droit à des prestations futures, en fonction des années de service ouvrant droit à pension qu'ils accumulent. C'est là l'essence du régime de pension à prestations déterminées en cause.

[112] Les appelants soutiennent que les employés possèdent un intérêt dans leurs contributions et celles de l'employeur, ainsi que dans les intérêts qu'elles produisent, car ces sommes font partie de leur rémunération totale. Même en supposant qu'un tel intérêt existe à la date où les employés doivent toucher leur salaire, il ne saurait survivre à l'exigence établie dans les lois sur les pensions que ces contributions soient versées au Trésor et portées au crédit des comptes. En fait, les contributions représentent le « coût » assumé par les employés pour leur droit futur aux prestations déterminées prévues par la loi. Les lois sur les pensions

that employees have an equitable interest in the amounts credited to the Accounts. They provide only a legal entitlement to statutorily defined pension benefits.

B. *Did the Government Owe a Fiduciary Duty to the Plan Members?*

(1) Was There a Fiduciary Relationship Between the Government and the Plan Members?

[113] Fiduciary relationships may be either *per se* or *ad hoc*. The former refers to those relationships that the law presumes to be — and characterizes as — fiduciary (*Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247, at paras. 36-37). The recognized categories give rise to fiduciary duties “because of their inherent purpose or their presumed factual or legal incidents” (para. 36). The existence of an *ad hoc* fiduciary relationship, on the other hand, is determined on a case-by-case basis. Whereas the *per se* categories describe relationships in which the fiduciary character is “in-nate”, *ad hoc* fiduciary relationships arise from the specific circumstances of a particular relationship (*Galambos*, at para. 48).

[114] The appellants argue that the Court of Appeal erred in failing to find that the government was a *per se* fiduciary in its role as plan administrator. Alternatively, they say that the Court of Appeal erred in failing to find an *ad hoc* fiduciary relationship in the circumstances: “the Government had undertaken to act in the Plan Members’ best interests with respect to their pension contributions; the Plan Members were in a vulnerable relationship in which the Government had significant discretion; and the Government could exercise this discretion to affect the Plan Members’ interests” (A.F., at para. 67). According to the appellants, that interest includes both receiving pension benefits and ensuring that their contributions were maintained to be used for pension purposes.

n’établissent pas non plus que les employés ont un intérêt en equity dans les sommes portées au crédit des comptes. Elles confèrent uniquement un droit aux prestations déterminées qui y sont prévues.

B. *Le gouvernement avait-il une obligation fiduciaire envers les membres des régimes?*

(1) Existait-il une relation fiduciaire entre le gouvernement et les membres des régimes?

[113] Les relations fiduciaires peuvent être soit des relations fiduciaires en soi, c’est-à-dire par nature, soit des relations fiduciaires *ad hoc*. Dans le premier cas, il s’agit de relations qui, en droit, sont présumées être des relations fiduciaires — et qualifiées ainsi (*Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, par. 36-37). Ces types de relations font naître des obligations fiduciaires « en raison de leur fin inhérente ou des particularités factuelles ou juridiques qui leur sont attribuées » (par. 36). L’existence d’une relation fiduciaire *ad hoc*, par contre, s’établit au cas par cas. Les relations fiduciaires par nature regroupent celles dont le caractère fiduciaire est « inhérent », alors que les relations fiduciaires *ad hoc* découlent des circonstances particulières propres à une relation donnée (*Galambos*, par. 48).

[114] Les appelants soutiennent que la Cour d’appel a commis une erreur en ne concluant pas que le gouvernement, en agissant comme administrateur des régimes, exerçait des fonctions fiduciaires par nature. À titre subsidiaire, ils font valoir qu’elle aurait dû conclure à l’existence d’une relation fiduciaire *ad hoc* dans les circonstances : [TRADUCTION] « le gouvernement s’était engagé à agir dans l’intérêt des membres des régimes à l’égard des contributions qu’ils versaient; les membres des régimes se trouvaient dans une situation de vulnérabilité dans leur rapport avec le gouvernement, qui jouissait d’un pouvoir discrétionnaire important; l’exercice du pouvoir discrétionnaire du gouvernement pouvait avoir des répercussions sur les intérêts des membres » (m.a., par. 67). Selon les appelants, la réception des prestations et l’assurance que leurs contributions étaient conservées pour servir aux fins des régimes faisaient partie de ces intérêts.

[115] Chief Justice McLachlin recently listed the *per se* fiduciary relationships in *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261, identifying the following: trustee-*cestui que trust*, executor-beneficiary, solicitor-client, agent-principal, director-corporation, guardian-ward, and parent-child.

[116] In this case, the government does not fall into any of these categories. The closest category (trustee-*cestui que trust*) does not apply because the government is not a true trustee in equity in respect of any trust property held for the benefit of the Plan members. The appellants contend, however, that the government is in a recognized fiduciary role in its capacity as a pension plan administrator.

[117] The administrator/pension Plan member relationship was dealt with in *Burke*. This Court found that the indicia of an *ad hoc* fiduciary relationship were met.

[118] However, the authority of *Burke* on this point is limited to the private pension plan context. Participants in public pension plans are not subject to the same vulnerabilities or risks as participants in private pension plans. The government stands behind the pension plans that it provides for its employees, and is not subject to the same sort of credit risks as are private entities. Furthermore, this Court recognized in *Elder Advocates* that while the Crown is subject to the normal requirements for establishing an *ad hoc* fiduciary relationship, “the special characteristics of governmental responsibilities and functions mean that governments will owe fiduciary duties only in limited and special circumstances” (para. 37). McLachlin C.J. in that case quoted Dickson J., as he then was, writing for the majority in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 385:

It should be noted that fiduciary duties generally arise only with regard to obligations originating in a

[115] Dans l’arrêt récent *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, la juge en chef McLachlin a fait l’énumération suivante des relations fiduciaires par nature : la relation entre le fiduciaire et le *cestui que trust*, l’exécuteur et le bénéficiaire, l’avocat et son client, le mandataire et le mandant, l’administrateur et la société, le tuteur et le pupille et le parent et l’enfant.

[116] La relation en cause en l’espèce ne fait partie d’aucune de ces catégories. La catégorie de relation qui s’en rapproche le plus (entre le fiduciaire et le *cestui que trust*) ne peut être retenue parce que le gouvernement n’est pas un véritable fiduciaire en equity à l’égard de biens quelconques détenus en fiducie au profit des membres des régimes. Les appelants affirment toutefois que le gouvernement, en tant qu’administrateur des régimes, exerce des fonctions fiduciaires reconnues.

[117] Notre Cour a examiné la relation entre l’administrateur et les membres d’un régime de pension dans *Burke* et elle a conclu qu’elle présentait les caractéristiques d’une relation fiduciaire *ad hoc*.

[118] Cet arrêt ne fait toutefois autorité que pour les régimes du secteur privé. Les membres de régimes du secteur public ne se trouvent pas dans la même situation de vulnérabilité et ne sont pas exposés aux mêmes risques. Le gouvernement garantit les régimes qu’il a établis pour ses employés, et il n’est pas exposé aux mêmes risques de crédit que les entités privées. En outre, notre Cour a reconnu dans *Elder Advocates* que, bien que les exigences relatives à l’existence d’une relation fiduciaire *ad hoc* s’appliquent à la Couronne, « les caractéristiques précises des responsabilités et des fonctions du gouvernement signifient que le gouvernement aura des obligations fiduciaires seulement dans des circonstances restreintes et particulières » (par. 37). La juge en chef McLachlin a cité, à cet égard, le passage suivant des motifs que le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a rédigés pour la majorité dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 385 :

Il nous faut remarquer que, de façon générale, il n’existe d’obligations de fiduciaire que dans le cas



private law context. Public law duties, the performance of which requires the exercise of discretion, do not typically give rise to a fiduciary relationship. As the “political trust” cases indicate, the Crown is not normally viewed as a fiduciary in the exercise of its legislative or administrative function. [Emphasis added by McLachlin C.J.; para. 37.]

[119] Binnie J. made the same point writing for the Court in *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245, at para. 96: “The Crown can be no ordinary fiduciary; it wears many hats and represents many interests, some of which cannot help but be conflicting . . . .” The same principle also dictates that the Crown will not be presumed to be a fiduciary based solely on its role bearing a similarity to a traditional category of fiduciary.

[120] It is not necessary to decide the precise ambit of any potential fiduciary duty that might arise between the government, as pension plan administrator, and the beneficiaries of the Plan, or whether the relationship inherently carries with it some set of fiduciary obligations. This is because it is clear that the government had no fiduciary duty to the Plan members with respect to the actuarial surplus. This is demonstrated under the template provided for identifying *ad hoc* fiduciary duties in *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, and *Elder Advocates*.

[121] Beginning with Wilson J.’s dissenting opinion in *Frame*, and subsequently adopted by the majority of this Court (see e.g. *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377), the following characteristics were said to identify those relationships where fiduciary obligations had been imposed.

- (1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power.
- (2) The fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary’s legal or practical interests.

d’obligations prenant naissance dans un contexte de droit privé. Les obligations de droit public dont l’acquiescement nécessite l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire ne créent normalement aucun rapport fiduciare. Comme il se dégage d’ailleurs des décisions portant sur les « fiducies politiques », on ne prête pas généralement à Sa Majesté la qualité de fiduciaire lorsque celle-ci exerce ses fonctions législatives ou administratives. [Soulignement ajouté par la juge en chef McLachlin; par. 37.]

[119] Le juge Binnie a exprimé un point de vue semblable, au nom de la Cour, dans *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245, par. 96 : « La Couronne ne saurait être un fiduciaire ordinaire; elle agit en plusieurs qualités et représente de nombreux intérêts, dont certains sont inmanquablement opposés . . . . » Ce principe dicte également que la Couronne ne saurait être présumée agir à titre fiduciaire du seul fait que son rôle s’apparente à celui d’une catégorie classique de fonctions fiduciaires.

[120] Il n’est pas nécessaire de déterminer quelle serait l’étendue précise d’une obligation fiduciaire susceptible d’exister entre le gouvernement, en qualité d’administrateur des régimes de pension, et les bénéficiaires des régimes, ni si leur relation emporte intrinsèquement certaines obligations fiduciaires. En effet, il est clair que le gouvernement n’avait aucune obligation fiduciaire envers les membres des régimes à l’égard des surplus actuariels, et le modèle fourni par les arrêts *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, et *Elder Advocates* pour établir l’existence d’obligations fiduciaires *ad hoc* le démontre.

[121] Les caractéristiques des relations dans lesquelles des obligations fiduciaires ont été imposées ont d’abord été définies dans l’opinion dissidente de la juge Wilson dans *Frame*, puis adoptées par la majorité de la Cour (voir, p. ex., *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377) :

- (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire.
- (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire.

(3) The beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power. [p. 136]

[122] Most recently, in *Elder Advocates*, McLachlin C.J. stated that the aforementioned characteristics were useful but did not provide a complete code. This Court adopted the *Hodgkinson* factors, but added the requirement of an undertaking by the alleged fiduciary to act in the best interest of the alleged beneficiary or beneficiaries.

[123] Each lower court in this case applied the earlier version of the test, as *Elder Advocates* had not yet been decided.

(2) Undertaking to Act in the Best Interest of the Alleged Beneficiary

[124] It is now definitely a requirement of an *ad hoc* fiduciary relationship that the alleged fiduciary undertake, either expressly or impliedly, to act in accordance with a duty of loyalty. It is critical that the purported beneficiary be able to identify a forsaking of the interests of all others on the part of the fiduciary, in favour of the beneficiary, in relation to the specific interest at issue.

[125] I have been able to identify nothing in the *Superannuation Acts*, the *FAA*, or the *PPRA* that supports the contention that the government has undertaken to forsake the interests of all others (including taxpayers) in favour of the Plan members, with respect to the actuarial surplus — the specific interest at issue here.

[126] By contrast, Bill C-78 establishes a legislated undertaking on the part of the Board (the administrator of the new Pension Funds) to act in the best interest of contributors, but only in respect of post-April 1, 2000 contributions. Section 4(1)(a) of Bill C-78 provides that the Board is “to manage amounts that are transferred to it . . . in the best interests of the contributors and beneficiaries under those Acts”. These words are not found in the *Superannuation Acts* in respect of the *Superannuation Accounts*.

(3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire. [p. 136]

[122] Plus récemment, la juge en chef McLachlin a reconnu l'utilité de ces caractéristiques, dans *Elder Advocates*, mais elle a précisé qu'elles ne constituaient pas un code complet. Notre Cour a adopté les facteurs énumérés dans *Hodgkinson*, mais leur a ajouté une autre exigence, soit un engagement de la part du fiduciaire à agir au mieux des intérêts du bénéficiaire ou des bénéficiaires.

[123] En l'espèce, les juridictions inférieures ont toutes deux appliqué le test antérieur à l'arrêt *Elder Advocates*, puisqu'elles ont statué avant que celui-ci soit rendu.

(2) Engagement à agir dans l'intérêt du présumé bénéficiaire

[124] Il est maintenant bien établi que l'engagement exprès ou implicite du fiduciaire à agir dans le respect d'un devoir de loyauté constitue un élément essentiel d'une relation fiduciaire *ad hoc*. Il est indispensable que le bénéficiaire présumé puisse démontrer que, relativement à l'intérêt particulier en jeu, le fiduciaire a renoncé aux intérêts de toute autre partie en faveur de ceux du bénéficiaire.

[125] Je ne vois rien dans les lois sur les pensions, la *LGFP* ou la *LRRPP* qui puisse étayer l'affirmation que le gouvernement s'est engagé à renoncer aux intérêts de toute autre partie (contribuables inclus) en faveur des membres des régimes relativement aux surplus actuariels — l'intérêt particulier en cause ici.

[126] Par contre, le projet de loi C-78 renferme un engagement légal de l'Office d'investissement (l'administrateur des nouvelles caisses de retraite) à agir dans l'intérêt des contributeurs, mais uniquement à l'égard des contributions postérieures au 1<sup>er</sup> avril 2000. L'alinéa 4(1)a) du projet de loi C-78 énonce que l'Office a pour mission « de gérer, dans l'intérêt des contributeurs et des bénéficiaires des régimes en cause, les sommes transférées ». Les lois sur les pensions ne comportent aucun énoncé analogue à l'égard des comptes de pension de retraite.

[127] I am reinforced in the view that there was no undertaking here by the Chief Justice's comment in *Elder Advocates* that, where the issue relates to the exercise of a government power or discretion, the required undertaking will generally be lacking. As the Chief Justice said, at para. 44, an undertaking of a duty of loyalty by the government

is inherently at odds with its duty to act in the best interests of society as a whole, and its obligation to spread limited resources among competing groups with equally valid claims to its assistance: *Sagharian (Litigation Guardian of) v. Ontario (Minister of Education)*, 2008 ONCA 411, 172 C.R.R. (2d) 105, at paras. 47-49. The circumstances in which this will occur are few. The Crown's broad responsibility to act in the public interest means that situations where it is shown to owe a duty of loyalty to a particular person or group will be rare: see *Harris v. Canada*, 2001 FCT 1408, [2002] 2 F.C. 484, at para. 178.

And further, "[i]f the undertaking is alleged to flow from a statute, the language in the legislation must clearly support it" (para. 45). The *Superannuation Acts* do not. Accordingly, I would conclude that there has been no undertaking to act in accordance with a duty of loyalty with respect to the actuarial surplus at issue here. There is not, therefore, a fiduciary relationship between the government and the Plan members. However, for the sake of completeness, I will consider the other elements of the test.

(3) Were the Plan Members Vulnerable to the Exercise of Discretion by the Government?

[128] The second element of an *ad hoc* fiduciary relationship, following *Elder Advocates*, at para. 33, requires (1) a defined *person or class of persons* (i.e., the beneficiary or beneficiaries), who is or are (2) *vulnerable* to the fiduciary, (3) in that the fiduciary has a *discretionary power* over them.

[129] In this case, there is no doubt that there is a defined class of persons capable of being the

[127] Le commentaire formulé par la Juge en chef dans *Elder Advocates*, selon lequel la condition de l'engagement à agir dans l'intérêt du bénéficiaire fait généralement défaut lorsque l'exercice du pouvoir discrétionnaire du gouvernement est en cause, me confirme dans l'opinion qu'il n'y a pas d'engagement en l'espèce. Comme la Juge en chef l'a indiqué, au par. 44, l'engagement du gouvernement à faire preuve de loyauté envers le bénéficiaire

va naturellement à l'encontre de son obligation d'agir au mieux des intérêts de la société dans son ensemble et de répartir les ressources limitées entre les groupes opposés dont les demandes d'aide sont tout aussi valables : *Sagharian (Litigation Guardian of) c. Ontario (Minister of Education)*, 2008 ONCA 411, 172 C.R.R. (2d) 105, par. 47-49. Cela ne se produira que dans de rares circonstances. Vu la responsabilité générale de l'État d'agir dans l'intérêt public, son obligation de loyauté envers une personne ou un groupe en particulier ne sera démontrée que dans de rares cas : voir *Harris c. Canada*, 2001 CFPI 1408, [2002] 2 C.F. 484, par. 178.

Elle a ajouté : « S'il est allégué que l'engagement découle d'une loi, le libellé de la loi doit manifestement l'appuyer » (par. 45). Or, ce n'est pas le cas du libellé des lois sur les pensions. J'en conclurais donc à l'absence d'engagement à agir dans le respect d'un devoir de loyauté relativement aux surplus actuariels visés en l'espèce. En conséquence, il n'existe pas de relation fiduciaire entre le gouvernement et les membres des régimes. Par souci d'exhaustivité, j'examinerai les autres éléments du test applicable.

(3) Les membres des régimes étaient-ils en situation de vulnérabilité par rapport à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du gouvernement?

[128] Suivant *Elder Advocates* (par. 33), le deuxième élément d'une relation fiduciaire *ad hoc* est l'existence (1) d'une *personne ou un groupe de personnes* définies (c'est-à-dire le ou les bénéficiaires), qui sont (2) *vulnérables* par rapport au fiduciaire, (3) du fait que le fiduciaire exerce un *pouvoir discrétionnaire* sur eux.

[129] Il existe incontestablement en l'espèce un groupe de personnes définies pouvant être

beneficiaries in the alleged fiduciary relationship. The class consists of the current and former employee-contributors and their beneficiaries. The issue is whether the government had a discretionary power over this class of persons in relation to the Superannuation Accounts. Following Bill C-78, the Pension Investment Board and the Treasury Board had clear discretionary powers in relation to the management of the new Pension Funds, including the setting of employee contribution rates (the latter only following January 1, 2004). As the appellants seek an equitable interest in the Superannuation Accounts as they stood on March 31, 2000, the question is whether the government had a discretionary power in relation to the administration of the Superannuation Accounts prior to Bill C-78 coming into force (April 1, 2000).

[130] If, as the trial judge found, the *Superannuation Acts* constituted a complete code with respect to the actuarial surplus, the government would have no discretionary power to exercise with respect to the surplus so as to affect any interest the Plan members may have in the surplus. The concept of a “complete code” was discussed in *Gladstone v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 21, [2005] 1 S.C.R. 325. In that case, the Department of Fisheries and Oceans seized and sold spawn that Donald and William Gladstone were accused of attempting to sell in violation of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14. Pursuant to that Act, the Department deposited the net proceeds of the sale in the CRF. The proceedings against the Gladstones were eventually stayed, and the net proceeds from the sale were paid to them. However, the Attorney General refused to pay interest.

[131] This Court concluded that the *Fisheries Act* is a “complete code” dealing with the return of seized property (*Gladstone*, at para. 9). Major J. reasoned that the Act “creates a comprehensive framework for dealing with issues arising from seizure” (para. 10). Thus, the Act did not create an

bénéficiaires dans le cadre de la relation fiduciaire alléguée. Il s’agit des employés, anciens et actuels, qui ont contribué ou contribuent aux régimes, ainsi que de leurs bénéficiaires. Il faut se demander si le gouvernement exerçait un pouvoir discrétionnaire sur ce groupe en rapport avec les comptes de pension de retraite. Après l’adoption du projet de loi C-78, l’Office d’investissement et le Conseil du Trésor disposaient clairement de pouvoirs discrétionnaires en matière de gestion des nouvelles caisses de retraite, notamment celui d’établir (seulement depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2004) les taux de contribution des employés. Comme les appelants revendiquent un intérêt en equity dans les comptes de pension de retraite tels qu’ils existaient le 31 mars 2000, il faut établir si le gouvernement exerçait un pouvoir discrétionnaire à l’égard de l’administration de ces comptes avant l’entrée en vigueur du projet de loi C-78 (le 1<sup>er</sup> avril 2000).

[130] Si les lois sur les pensions constituaient un code exhaustif à l’égard des surplus actuariels, comme le juge de première instance l’a affirmé, alors le gouvernement n’aurait, sur ces surplus, aucun pouvoir discrétionnaire pouvant avoir un effet sur un intérêt éventuel quelconque des membres des régimes dans les surplus. Notre Cour a examiné la notion de « code exhaustif » dans *Gladstone c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 21, [2005] 1 R.C.S. 325. Dans cette affaire, le ministère des Pêches et des Océans avait saisi puis vendu de la drogue que Donald et William Gladstone étaient accusés d’avoir tenté de vendre en contravention de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14. Conformément à cette loi, le ministère avait versé le produit de la vente au Trésor. Par la suite, il y a eu arrêt des procédures contre les Gladstone, et le produit net de la vente leur a été versé, mais le procureur général a refusé de leur payer des intérêts.

[131] Notre Cour a conclu que la *Loi sur les pêches* constitue un « code exhaustif » en matière de restitution de biens saisis (*Gladstone*, par. 9). Suivant le raisonnement du juge Major, cette loi « établit [. . .] un cadre exhaustif qui régit les questions soulevées par les saisies » (par. 10). Par conséquent,

obligation on the Crown to pay interest on the proceeds of seized property.

[132] I agree with Gillese J.A. that the *Superannuation Acts* were not “complete codes” as these are described in *Gladstone*, before the amendments made by Bill C-78 on April 1, 2000. Prior to that bill coming into force, the *Superannuation Acts* did not address the surpluses in the Superannuation Accounts. While the *Superannuation Acts* dealt with the accounting of deficits, there was no mention of surpluses. Thus, the *FAA* — which gave the President of the Treasury Board and the Minister of Finance discretion to include adjustment accounts in the Public Accounts — was employed to supplement the accounting rules in the *Superannuation Acts* (*FAA*, s. 64(2)(d)). The government was entitled to exercise its discretion to amortize the surplus because of the absence of provisions in the *Superannuation Acts* governing the actuarial surpluses. Gillese J.A. correctly concluded that the *Superannuation Acts* were not a complete code prior to April 1, 2000.

[133] However, as I have explained, the accounting treatment of the surpluses (the amortization) in respect of which the government exercised a discretion did not alter the accounting balances in the Superannuation Accounts; it only altered the representation of the financial position of the Government of Canada in the Public Accounts.

[134] As earlier determined, prior to Bill C-78 coming into force, the government exercised discretion in respect of the surplus in the Public Accounts. Section 63(2) of the *FAA* provides that the Receiver General “shall cause accounts to be kept to show such of the assets and direct and contingent liabilities of Canada and shall establish such reserves with respect to the assets and liabilities as, in the opinion of the President of the Treasury Board and the Minister, are required to present fairly the financial position of Canada”. Further, s. 64(2)(d) of the *FAA* provides that the

elle n’imposait pas à la Couronne d’obligation de payer des intérêts sur le produit de la vente de biens saisis.

[132] Je partage l’opinion de la juge Gillese selon laquelle, avant les modifications introduites le 1<sup>er</sup> avril 2000 par le projet de loi C-78, les lois sur les pensions n’étaient pas des [TRADUCTION] « codes exhaustifs » au sens de *Gladstone*. Avant l’entrée en vigueur de ce projet de loi, les lois sur les pensions ne traitaient pas de la question du surplus des comptes de pension de retraite. Elles comportaient des dispositions régissant le traitement comptable des déficits, mais ne faisaient pas mention des surplus. C’est pourquoi l’on recourait à la *LGFP* — conférant au président du Conseil du Trésor et au ministre des Finances le pouvoir discrétionnaire d’inclure des comptes de redressement dans les Comptes publics — pour compléter les règles comptables établies par les lois sur les pensions (*LGFP*, al. 64(2)d)). En raison de l’absence de disposition sur les surplus actuariels dans les lois sur les pensions, le gouvernement pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire d’amortir ces surplus. La juge Gillese a conclu à bon droit que les lois sur les pensions ne formaient pas un code exhaustif avant le 1<sup>er</sup> avril 2000.

[133] Comme je l’ai expliqué, toutefois, le traitement comptable (l’amortissement) des surplus à l’égard desquels le gouvernement a exercé son pouvoir discrétionnaire n’a pas modifié le solde des comptes de pension de retraite; il n’a modifié que la présentation de la situation financière du gouvernement du Canada dans les Comptes publics.

[134] Avant le projet de loi C-78, comme nous l’avons vu, le gouvernement exerçait un pouvoir discrétionnaire sur les surplus dans les Comptes publics. Le paragraphe 63(2) de la *LGFP* énonce que le receveur général « fait tenir des comptes retraçant les actifs, les passifs et les passifs éventuels de l’État, ainsi que les provisions constituées à cet égard, qui, selon le président du Conseil du Trésor et le ministre, sont nécessaires à une présentation fidèle de la situation financière du Canada ». De plus, l’al. 64(2)d) de la *LGFP* prévoit que les Comptes publics comprennent « les autres comptes

Public Accounts shall include “such other accounts and information relating to the fiscal year as are deemed necessary by the President of the Treasury Board and the Minister to present fairly the financial transactions and the financial position of Canada”.

[135] While the *FAA* requires the Receiver General to present fairly the financial position of Canada, the President of the Treasury Board and the Minister of Finance have flexibility when it comes to establishing the necessary accounts and adjustments. The amortization, which included the creation of the “Estimate of Pension Adjustments” accounts to set off the overstated liabilities (the actuarial surplus) in the Superannuation Accounts, may be seen as an example of a discretionary decision directed at the accurate presentation of the Public Accounts.

[136] Prior to Bill C-78, the surpluses reflected in the Superannuation Accounts were left intact. The surpluses were not debited until Bill C-78 required such debiting after April 1, 2000. The amortization in the 1990s was reflected only in the Public Accounts, for the purpose of accurately presenting the true net state of Canada’s deficit or surplus and net debt. This was an accounting decision, not a decision going to the substance of the Plan members’ entitlements or interests. As the appellants’ expert accountant asserted on cross-examination, accounting does not determine the substance of a transaction.

[137] I agree that there was a discretionary power exercised in connection with the amortization of the Superannuation Accounts in the 1990s. However, this particular discretion existed for, and was exercised in connection with, the presentation of the Public Accounts, rather than the administration of the Plan members’ pensions. The Plan members’ entitlement to their statutorily defined benefits remained unchanged and remained subject to Parliament’s legislative prerogative, not the government’s discretion. Therefore, the discretion exercised by the government in respect of the

et renseignements relatifs à l’exercice que le président du Conseil du Trésor et le ministre jugent nécessaires à une présentation fidèle des opérations et de la situation financières du Canada ».

[135] Bien que la *LGFP* oblige le receveur général à présenter fidèlement la situation financière du Canada, le président du Conseil du Trésor et le ministre des Finances jouissent d’une certaine latitude relativement à l’établissement des comptes et redressements nécessaires. L’amortissement, qui s’accompagnait de la création des « provisions pour redressements au titre des régimes de retraite » en compensation des passifs surévalués (le surplus actuariel) des comptes de pension de retraite, peut être considéré comme un exemple de décision discrétionnaire prise pour parvenir à une présentation fidèle dans les Comptes publics.

[136] Avant le projet de loi C-78, les surplus des comptes de pension de retraite demeuraient intacts. Ce n’est que lorsque le projet de loi C-78 l’a exigé, après le 1<sup>er</sup> avril 2000, que des inscriptions au débit ont été effectuées. Pendant la décennie 1990, l’amortissement ne figurait que dans les Comptes publics et visait à présenter fidèlement le véritable déficit ou surplus du Canada et sa dette nette. Il s’agissait d’une décision comptable, et non d’une décision portant sur la substance des droits ou intérêts des membres des régimes. Ainsi que l’expert comptable des appelants l’a déclaré en contre-interrogatoire, la comptabilité ne définit pas la substance d’une opération.

[137] Je conviens que l’amortissement des surplus des comptes de pension de retraite, au cours des années 1990, a donné lieu à l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire. Toutefois, ce pouvoir discrétionnaire avait trait à la présentation des comptes publics et a été exercé à cette fin; il ne se rapportait pas à l’administration des pensions de retraite des membres. Le droit des membres aux prestations déterminées prévues par la loi est demeuré inchangé et a continué de relever de la prérogative du législateur, et non du pouvoir discrétionnaire du gouvernement. Par conséquent, le pouvoir

Public Accounts was irrelevant to the existence of a fiduciary duty in favour of the Plan members. I conclude that the appellants are unable to establish vulnerability to the government's exercise of discretion.

(4) Did the Plan Members Have a Substantial Legal or Practical Interest in the Actuarial Surplus?

[138] In order to establish an *ad hoc* fiduciary relationship, the purported beneficiary must have an “identifiable legal or vital practical interest that is at stake” (*Elder Advocates*, at para. 35). In *Elder Advocates*, the Chief Justice gave the following examples of sufficient interests: “. . . property rights, interests akin to property rights, and the type of fundamental human or personal interest that is implicated when the state assumes guardianship of a child or incompetent person” (para. 51). A statutory interest may also qualify in some circumstances: “. . . a statute that creates a complete legal entitlement might also give rise to a fiduciary duty on the part of government in relation to administering the interest” (para. 51).

[139] As I have concluded that the Superannuation Accounts do not contain assets, the amortization of the surpluses cannot have put any of the Plan members' legal or equitable interests at risk. However, the Court of Appeal suggested that the members had a vital practical interest at stake. According to that court, “the exercise of Discretion led to the situation where the employees were obliged to contribute more towards the cost of their pensions” (para. 90).

[140] Though the Court of Appeal did not finally decide the matter, in my respectful opinion, its perception of the effect of the exercise of discretion on contribution rates is not supported by the evidence. I cannot agree that the amortization or debiting of the Superannuation Accounts caused increases in contribution rates. The government says that in

discrétionnaire que le gouvernement a exercé relativement aux Comptes publics n'est pas pertinent quant à l'existence d'une obligation fiduciaire envers les membres des régimes. Je conclus que les appelants ne peuvent établir leur vulnérabilité par rapport à l'exercice du pouvoir discrétionnaire gouvernemental.

(4) Les membres des régimes avaient-ils un intérêt juridique ou pratique important dans le surplus actuariel?

[138] Pour établir l'existence d'une relation fiduciaire *ad hoc*, il faut que le prétendu bénéficiaire ait un « intérêt juridique ou un intérêt pratique essentiel identifiable [. . .] en jeu » (*Elder Advocates*, par. 35). Dans *Elder Advocates*, la Juge en chef a donné les exemples suivants d'intérêts suffisants : « . . . les droits de propriété, les intérêts analogues aux droits de propriété et les intérêts humains fondamentaux ou personnels du genre de ceux qui entrent en jeu lorsque l'État assume la tutelle d'un enfant ou d'une personne incapable » (par. 51). Dans certaines circonstances, il peut également s'agir d'un intérêt d'origine législative : « . . . une loi créant un droit absolu pourrait également donner naissance à une obligation fiduciaire de l'État relativement à l'administration de l'intérêt » (par. 51).

[139] Il découle de ma conclusion selon laquelle les comptes de pension de retraite ne contiennent pas d'éléments d'actif que l'amortissement des surplus n'a pas pu mettre en péril un intérêt quelconque, en common law ou en equity, des membres des régimes. Toutefois, la Cour d'appel a exprimé l'avis qu'un intérêt pratique essentiel des membres était en jeu. Selon elle, [TRADUCTION] « l'exercice du pouvoir discrétionnaire a créé une situation dans laquelle les employés ont dû contribuer davantage au coût des pensions » (par. 90).

[140] Bien que la Cour d'appel n'ait pas statué de façon définitive sur cette question, je suis d'avis que la preuve n'était pas sa perception de l'effet de l'exercice du pouvoir discrétionnaire sur les taux de contribution. Je ne puis souscrire à l'opinion que l'amortissement ou les débits portés aux comptes de pension de retraite ont fait augmenter les taux de

2006, the Minister started exercising the discretion conferred upon him by Bill C-78 to raise the employee contribution rates up to a maximum of 40 percent of the total required from both employees and the government. In oral argument, the government indicated that during Parliamentary debates on Bill C-78, the government explained that the Minister would be given discretion to increase rates because the contribution ratios between government and Plan members had gone from 60/40, historically, to 70/30, and were projected to go to 80/20. The government indicated that it desired a return to the historical 60/40 contribution rate.

[141] In any event, as the Chief Justice explained in *Elder Advocates*, the interest at issue must be a specific private law interest, and the entitlement at stake “must not be contingent on future government action” (para. 51). Federal employees are not entitled to any specific contribution rate, whether the contribution is determined by Parliament (as it was prior to January 1, 2004), or by the Treasury Board (starting January 1, 2004). The Plan members did not have a specific private law interest in any prescribed contribution rates such as to ground a fiduciary duty.

##### (5) Conclusion on Fiduciary Relationship

[142] For these reasons, I conclude that there was no *ad hoc* fiduciary relationship between the government and the Plan members with respect to the actuarial surplus reflected in the Superannuation Accounts. Most importantly, the government did not undertake, either expressly or impliedly, to act in the best interests of the Plan members with respect to the actuarial surplus. Without such an undertaking of loyalty in favour of these particular stakeholders, the government’s duty was to act in the best interests of society as a whole. This is inconsistent with the existence of a fiduciary duty. Moreover, while the government exercised discretion in its accounting treatment of the surpluses in the Superannuation Accounts, the Plan members were not vulnerable to that discretion, nor did they have any legal or practical interest at stake. The

contribution. Le gouvernement déclare qu’en 2006, le ministre a commencé à exercer le pouvoir discrétionnaire que lui avait conféré le projet de loi C-78 d’élever le taux de contribution des employés jusqu’à concurrence de 40 pour 100 du total des contributions exigées des employés et du gouvernement. Le gouvernement a indiqué à l’audience que, lors des débats parlementaires relatifs au projet de loi C-78, il avait expliqué que ce pouvoir discrétionnaire serait conféré au ministre parce que le partage traditionnel 60/40 de la contribution du gouvernement et des membres des régimes était passé à 70/30 et devait atteindre 80/20 selon les projections. Le gouvernement voulait rétablir le partage traditionnel 60/40.

[141] Quoi qu’il en soit, la Juge en chef a expliqué, dans *Elder Advocates*, que l’intérêt en jeu doit être un intérêt de droit privé précis et que le droit en cause « ne doit pas dépendre d’une mesure ultérieure de l’État » (par. 51). Les employés fédéraux n’ont pas droit à un taux de contribution précis, que sa fixation relève du législateur (comme c’était le cas avant le 1<sup>er</sup> janvier 2004) ou du Conseil du Trésor (depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2004). Les membres des régimes n’avaient pas d’intérêt de droit privé précis à des taux de cotisation déterminés, pouvant fonder une obligation fiduciaire.

##### (5) Conclusion relative à la relation fiduciaire

[142] Pour ces motifs, je suis d’avis qu’il n’existait pas de relation fiduciaire *ad hoc* entre le gouvernement et les membres des régimes à l’égard des surplus actuariels qu’affichaient les comptes de pension de retraite. Point plus important, le gouvernement ne s’est pas engagé, de façon expresse ni implicite, à agir dans l’intérêt des membres relativement aux surplus actuariels. Le devoir du gouvernement, en l’absence d’un tel engagement de loyauté envers ce groupe particulier, consistait à agir dans l’intérêt de la société en général, ce qui n’est pas compatible avec l’existence d’une obligation fiduciaire. De plus, bien que le gouvernement ait exercé un pouvoir discrétionnaire à l’égard du traitement comptable des surplus des comptes de pension de retraite, les membres des régimes n’étaient pas en position de vulnérabilité face à ce



effect of the amortization was to disclose more accurately Canada's actual pension obligations, not to affect Plan members' statutory entitlements under the Plans.

C. *Should a Constructive Trust Be Imposed Over the Balances in the Superannuation Accounts as of March 31, 2000?*

(1) Equitable Obligation

[143] In order to succeed, the appellants must establish that they have an equitable interest in the actuarial surplus reflected in the Superannuation Accounts, as their legal interest is limited to their entitlement to statutorily defined benefits. They have not pursued their express trust argument on appeal; they have not argued that a resulting trust has arisen in their favour; therefore, a constructive trust is the only basis upon which an "equitable interest" might be recognized in the actuarial surplus (A.F., at para. 142).

[144] Since this Court's decision in *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217, there have been two grounds on which a court can impose a constructive trust: (1) breach of an equitable obligation, and (2) unjust enrichment. The appellants have argued both in this appeal.

[145] In *Soulos*, McLachlin J. (as she then was) held that a constructive trust "may be imposed where good conscience so requires" (para. 34). In her view, good conscience might require the imposition of such a trust in two situations: (1) where property is obtained wrongfully by the defendant (such as by breach of fiduciary duty or breach of loyalty), or (2) where the defendant has been unjustly enriched.

[146] Regarding the first category, McLachlin J. identified four conditions which are generally required before a constructive trust for wrongful conduct may be imposed:

pouvoir et ils n'avaient aucun intérêt juridique ou pratique en jeu. L'amortissement avait pour effet de présenter avec plus d'exactitude à combien se chiffraient les engagements réels du Canada au titre des pensions, et non de modifier les droits conférés par la loi aux membres des régimes.

C. *Une fiducie par interprétation devrait-elle être imposée relativement aux soldes des comptes de pension de retraite au 31 mars 2000?*

(1) Obligation en equity

[143] Pour avoir gain de cause, les appelants doivent établir qu'ils ont un intérêt en equity dans le surplus actuariel des comptes de pension de retraite, étant donné que leur intérêt en common law se limite à leur droit aux prestations déterminées prévues par la loi. Ils ont abandonné, en appel, leur argument fondé sur la fiducie expresse et n'ont pas invoqué l'existence d'une fiducie par déduction. Par conséquent, le seul fondement sur lequel un « intérêt en equity » peut leur être reconnu dans les surplus actuariels est la fiducie par interprétation (m.a., par. 142).

[144] Depuis l'arrêt *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217, un tribunal peut imposer une fiducie par interprétation pour deux raisons : (1) le manquement à une obligation en equity et (2) l'enrichissement injustifié. Les appelants ont invoqué ces deux moyens en l'espèce.

[145] Dans *Soulos*, la juge McLachlin (plus tard Juge en chef) a écrit qu'une fiducie par interprétation « peut être imposée lorsque la conscience l'exige » (par. 34). Selon elle, la conscience peut l'exiger dans deux situations : (1) lorsqu'il y a acquisition irrégulière de biens par le défendeur (notamment par suite d'un manquement à une obligation fiduciaire ou à un devoir de loyauté) ou (2) lorsqu'il y a enrichissement injustifié du défendeur.

[146] S'agissant de la première situation, la juge McLachlin a indiqué que quatre conditions doivent généralement être réunies pour qu'on impose une fiducie par interprétation pour un comportement fautif :

- |  |   |
|--|---|
| <p>(1) The defendant must have been under an equitable obligation, that is, an obligation of the type that courts of equity have enforced, in relation to the activities giving rise to the assets in his hands;</p> <p>(2) The assets in the hands of the defendant must be shown to have resulted from deemed or actual agency activities of the defendant in breach of his equitable obligation to the plaintiff;</p> <p>(3) The plaintiff must show a legitimate reason for seeking a proprietary remedy, either personal or related to the need to ensure that others like the defendant remain faithful to their duties and;</p> <p>(4) There must be no factors which would render imposition of a constructive trust unjust in all the circumstances of the case; e.g., the interests of intervening creditors must be protected. [<i>Soulos</i>, at para. 45]</p> | <p>(1) le défendeur doit avoir été assujéti à une obligation en <i>equity</i>, c'est-à-dire une obligation du type de celles dont les tribunaux d'<i>equity</i> ont assuré le respect, relativement aux actes qui ont conduit à la possession des biens;</p> <p>(2) il faut démontrer que la possession des biens par le défendeur résulte des actes qu'il a ou est réputé avoir accomplis à titre de mandataire, en violation de l'obligation que l'<i>equity</i> lui imposait à l'égard du demandeur;</p> <p>(3) le demandeur doit établir qu'il a un motif légitime de solliciter une réparation fondée sur la propriété, soit personnel soit lié à la nécessité de veiller à ce que d'autres personnes comme le défendeur s'acquittent de leurs obligations;</p> <p>(4) il ne doit pas exister de facteurs qui rendraient injuste l'imposition d'une fiducie par interprétation eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire; par exemple, les intérêts des créanciers intervenants doivent être protégés. [<i>Soulos</i>, par. 45]</p> |
|--|---|

[147] I have found that the government was not subject to a fiduciary obligation in relation to its management of the Plans, and the appellants have not argued that the government has breached any other equitable obligation that it had to the Plan members. The appellants' argument fails on the first requirement of the *Soulos* test. I therefore turn to the other basis on which a constructive trust may be imposed: unjust enrichment.

## (2) Unjust Enrichment

[148] As this Court found in *Elder Advocates*, it is possible to claim unjust enrichment against the government (provided the issue is not restitution for taxes paid under an *ultra vires* statute).

[149] In order to prove a claim in unjust enrichment, the plaintiff must establish: (1) an enrichment of the defendant; (2) a corresponding deprivation of the plaintiff; and (3) an absence of juristic reason for the enrichment (*Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575 (“*Pacific National*”), at para. 14). Where these elements are satisfied, the remedy of constructive trust may be available if (1) “monetary damages are

[147] J'ai conclu que le gouvernement n'avait aucune obligation fiduciaire en rapport avec l'administration des régimes, et les appelants n'ont pas invoqué de manquement à une autre obligation en *equity* du gouvernement envers les membres des régimes. La première condition du test élaboré dans *Soulos* faisant défaut, leur argument ne peut être retenu. Il faut en conséquence examiner l'autre fondement possible de la fiducie par interprétation : l'enrichissement injustifié.

## (2) Enrichissement injustifié

[148] Comme notre Cour l'a indiqué dans *Elder Advocates*, le gouvernement peut être poursuivi pour enrichissement injustifié (dans la mesure où l'on ne demande pas la restitution de taxes perçues en vertu d'une loi *ultra vires*).

[149] Pour établir l'enrichissement injustifié, le demandeur doit démontrer qu'il y a eu : (1) enrichissement du défendeur, (2) appauvrissement corrélatif du demandeur et (3) absence de tout motif juridique justifiant l'enrichissement (*Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575 (« *Pacific National* »), par. 14). Lorsque ces conditions sont remplies, la fiducie par interprétation peut s'appliquer si (1) « le versement

inadequate”, and (2) “there is a link between the contribution that founds the action and the property in which the constructive trust is claimed” (*Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, at p. 988).

[150] As Binnie J. explained in *Pacific National*, at para. 15, “[a]n enrichment may ‘connot[e] a tangible benefit’ . . . , or it can be relief from a ‘negative’, such as saving the defendant from an expense he or she would otherwise have been *required* to make” (emphasis in original).

[151] Following this Court’s decision in *Peter v. Beblow*, the enrichment must correspond with a deprivation from the plaintiff. While the test for unjust enrichment is typically articulated as having three elements, it is important to recognize that the enrichment and detriment elements are the same thing from different perspectives. As Dickson C.J. suggested in *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38, cited by Cory J. in his concurring reasons in *Peter v. Beblow*, at p. 1012, the enrichment and the detriment are “essentially two sides of the same coin”.

[152] The “straightforward economic approach”, as described in *Pacific National*, to enrichment and detriment, is properly understood to connote a transfer of wealth from the plaintiff to the defendant (para. 20). As the purpose of the doctrine is to reverse unjust transfers, it must first be determined whether wealth has moved from the plaintiff to the defendant.

[153] Accordingly, the first inquiry is not whether the government was somehow enriched or benefitted by amortizing or removing the surpluses in the Superannuation Accounts. Rather, the question is whether the government was enriched at the appellants’ expense. Even if it could be shown that the government benefitted in some way by reducing the stated financial obligations of Canada, it would not assist the appellants unless the gain corresponded to the appellants’ loss.

de dommages-intérêts n’est pas suffisant » et (2) « il existe un lien entre la contribution à la base de l’action et le bien qui serait grevé d’une fiducie par interprétation » (*Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, p. 988).

[150] Comme le juge Binnie l’a expliqué au par. 15 de *Pacific National*, « [l]’enrichissement peut “connote[r] un avantage tangible” [. . .] ou être “négatif”, par exemple en épargnant au défendeur une dépense à laquelle il aurait été *tenu* » (italiques dans l’original).

[151] Depuis l’arrêt *Peter c. Beblow* de notre Cour, l’enrichissement doit correspondre à un appauvrissement du demandeur. Bien que l’on considère généralement que le test applicable comporte trois éléments, il faut reconnaître que les éléments d’enrichissement et d’appauvrissement rendent compte du même phénomène, mais sous des angles différents. Se reportant aux motifs du juge en chef Dickson dans *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38, le juge Cory a indiqué, dans les motifs concourants qu’il a rédigés dans l’affaire *Peter c. Beblow*, au par. 1012, que l’enrichissement et l’appauvrissement sont « essentiellement comme les deux côtés d’une pièce de monnaie ».

[152] Bien comprise, l’« analyse économique simple » décrite dans *Pacific National* en matière d’enrichissement et d’appauvrissement suppose un transfert de richesse du demandeur vers le défendeur (par. 20). Comme cette doctrine vise l’annulation des transferts injustifiés, il faut d’abord établir s’il y a eu transport de richesse du demandeur au défendeur.

[153] Par conséquent, la première question qui se pose en l’espèce n’est pas de savoir si l’amortissement ou le retrait des surplus des comptes de pension de retraite a enrichi le gouvernement ou lui a procuré un quelconque avantage, mais bien s’il a eu cet effet au détriment des appelants. Même s’il pouvait être démontré que le gouvernement a tiré un avantage de la réduction des obligations financières déclarées du Canada, les appelants ne peuvent en tirer argument que si cet avantage correspond à une perte qu’ils ont subie.

[154] As the Superannuation Accounts are mere accounting records, and do not contain assets in which the appellants have an interest, no enrichment and corresponding deprivation can be found in either (1) the government's decision prior to April 1, 2000 to amortize the surpluses for accounting purposes under the *FAA*, or (2) Parliament's decision to enact Bill C-78 to require the debiting of a portion of the surplus directly from the Accounts.

[155] The Court of Appeal found that there was no enrichment because "whatever benefit there was to such actions enured to all Canadian taxpayers" (para. 106). I do not understand the nature of the inquiry in the same way. The enrichment and corresponding deprivation elements ask whether there was a transfer of wealth from the plaintiff to the defendant. The fact that the defendant is a public body is irrelevant to whether such a transfer of wealth took place. Indeed, this reasoning would have the effect of insulating the government from any claim for unjust enrichment.

[156] The Court of Appeal indicated that there might have been a deprivation because the government's actions "were detrimental to plan members if for no other reason than the fact that those actions apparently led to increases in plan member contribution rates" (para. 107). As I observed in connection with the issue of whether the Superannuation Accounts contained assets, the evidence does not support such an alleged deprivation.

[157] Further, if the increase in contribution rates did constitute a deprivation, the corresponding enrichment could only be the additional deductions taken from employee pay cheques following the rate hikes, and not the amount of the surpluses amortized and removed. But the appellants have sought a declaration that they have an equitable interest in the balances in the Superannuation Accounts as at March 31, 2000, and not the return of the increased contributions after Bill C-78 came into

[154] Les comptes de pension de retraite étant de simples documents comptables qui ne contiennent pas d'éléments d'actif dans lesquels les appelants pourraient avoir un intérêt, ni (1) la décision prise par le gouvernement avant le 1<sup>er</sup> avril 2000 d'amortir les surplus à des fins comptables en vertu de la *LGFP* ni (2) la décision du législateur d'édicter le projet de loi C-78 exigeant qu'une partie des surplus soit portée au débit des comptes ne peuvent donner lieu à un enrichissement et à un appauvrissement corrélatif.

[155] La Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait pas eu d'enrichissement parce que [TRADUCTION] « quel qu'ait été l'avantage découlant de ces actions, il a profité à l'ensemble des contribuables canadiens » (par. 106). Je ne pense pas que la question se pose en ces termes. Il faut se demander si l'enrichissement et l'appauvrissement corrélatif procèdent d'un transfert de richesse du demandeur au défendeur. Le fait que le défendeur soit un organisme public est sans rapport avec l'existence d'un tel transfert de richesse. En fait, appliquer ce raisonnement aurait pour effet de mettre le gouvernement à l'abri de toute action pour enrichissement injustifié.

[156] Selon la Cour d'appel, il pouvait y avoir eu appauvrissement, car les actes du gouvernement [TRADUCTION] « ont causé préjudice aux membres des régimes ne serait-ce que parce qu'ils ont apparemment entraîné des augmentations de leur taux de contribution » (par. 107). Comme je l'ai indiqué à l'égard de la question relative à la présence d'éléments d'actif dans les comptes de pension de retraite, la preuve n'étaye pas l'existence d'un tel appauvrissement.

[157] Au surplus, si appauvrissement il y avait du fait de l'augmentation du taux de contribution, l'enrichissement corrélatif ne pourrait être constitué que des retenues supplémentaires sur le salaire consécutives à cette hausse, et non du montant des surplus amortis et retirés. Les appelants ont cependant demandé un jugement déclaratoire portant qu'ils possèdent un intérêt en equity sur les soldes des comptes de pension de retraite au 31 mars 2000, et non la restitution des contributions accrues qu'ils

force. Accordingly, on the argument that increased contribution rates constituted a deprivation, there is no link between the alleged deprivation and the property right they seek, the return of the amortized surplus and subsequently debited surplus.

[158] I conclude that there was no enrichment and corresponding deprivation, and that the appellants have not established a *prima facie* case of unjust enrichment. The third branch of the test for unjust enrichment, the absence of a juristic reason for the enrichment, need not be analyzed.

D. *Did Bill C-78 Authorize the Government to Debit the Actuarial Surpluses in the Superannuation Accounts?*

[159] The courts below ruled that any interest Plan members had in the balances and surpluses in the Superannuation Accounts was extinguished by Bill C-78. The appellants have argued that Bill C-78 did not disclose an explicit intention to expropriate their interest, on the basis of the presumption against expropriation without compensation in statutory interpretation (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 478-82).

[160] In *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2000 SCC 64, [2000] 2 S.C.R. 919, this Court affirmed the principle that “potentially confiscatory legislation ought to be construed cautiously so as not to strip individuals of their rights without the legislation being clear as to this intent” (para. 26). In order to confiscate an interest, Parliament must “express [it]self extremely clearly where there is an intention to expropriate or confiscate without compensation” (para. 26).

[161] I have concluded that the courts below did not err in determining that the Plan members

ont versées après l’entrée en vigueur du projet de loi C-78. Par conséquent, s’agissant de l’argument de l’appauvrissement causé par l’augmentation des taux de contribution, il n’existe pas de lien entre l’appauvrissement allégué et le droit de propriété qu’ils revendiquent, soit la restitution des surplus amortis et portés au débit.

[158] Je conclus à l’absence d’enrichissement et d’appauvrissement corrélatif, et j’estime que les appelants n’ont pas fait la preuve *prima facie* qu’il y avait eu enrichissement injustifié. Il n’est donc pas nécessaire d’examiner le troisième volet du test, soit l’absence de motif juridique justifiant l’enrichissement.

D. *Le projet de loi C-78 autorisait-il le gouvernement à porter les surplus actuariels au débit des comptes de pension de retraite?*

[159] Les juridictions inférieures ont statué que le projet de loi C-78 avait éteint tout intérêt que les membres des régimes pouvaient posséder sur les soldes et les surplus des comptes de pension de retraite. Les appelants soutiennent que ce projet de loi n’exprime pas d’intention explicite du législateur d’exproprier leur intérêt, invoquant à cet égard la présomption, en matière d’interprétation législative, suivant laquelle il ne saurait y avoir expropriation sans indemnisation (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 478-482).

[160] Dans *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2000 CSC 64, [2000] 2 R.C.S. 919, notre Cour a confirmé le principe voulant que « l’on interprète avec prudence une mesure législative potentiellement spoliatrice afin d’éviter que des individus ne soient dépouillés de leurs droits en l’absence d’une intention claire en ce sens dans la mesure législative en cause » (par. 26). Pour confisquer un intérêt, il faut que le législateur « exprime très clairement » son intention d’« opérer une expropriation sans indemnité ou une confiscation » (par. 26).

[161] J’ai conclu que les juridictions inférieures n’ont pas commis d’erreur en statuant que les

have no equitable interest in the surpluses in the Superannuation Accounts. Bill C-78 thus could not have expropriated the Plan members' property. Further, I would agree with the courts below that ss. 44(9) to 44(13) of the *PSSA* are unambiguous in establishing that the Minister *may* debit any actuarial surplus and *must* debit all amounts exceeding 110 percent of the estimated liability under the Plans.

[162] Moreover, it is “extremely clea[r]” that Parliament did not intend any compensation to be given to the Plan members for these debits, whether or not this constituted expropriation. It would be absurd to read Bill C-78 as requiring the government to debit excess amounts and then compensate the Plan members for the amounts debited. Such an interpretation would be to convert the relevant provisions of Bill C-78 into a distribution mechanism — where the surpluses would be reduced and the Plan members would receive some form of compensation in lieu of having surpluses in the Accounts — which was quite clearly not Parliament's intent. If ss. 44(9) to 44(13) amount to confiscatory legislation, the intention was to confiscate without compensation.

[163] The corresponding amendments to the *CFSA* (s. 55(9) to (13)) and the *RCMPSA* (s. 29(9) to (13)) are to the same effect, and are equally clear.

## VI. Conclusion

[164] The Superannuation Accounts are legislated records and do not contain assets in which the appellants have a legal or equitable interest. The Plan members' interests are limited to their interest in the defined benefits to which they are entitled under the Plans. The government was not under a fiduciary obligation to the Plan members, nor was it unjustly enriched by the amortization and removal of the pension surpluses. Finally, the Plan members had no legal or equitable interest in the actuarial

membres des régimes n'avaient pas d'intérêt en equity dans les surplus des comptes de pension de retraite. Il s'ensuit que le projet de loi C-78 ne peut avoir exproprié les membres d'un bien. Je conclus en outre, comme les juridictions inférieures, que les par. 44(9) à (13) de la *LPFP* établissent de façon non équivoque que le ministre *peut* porter un surplus actuariel au débit des comptes et qu'il *doit* porter au débit tout montant dépassant 110 pour 100 du passif estimatif au titre des pensions.

[162] En outre, il est « très clair » que le législateur ne prévoyait pas que ces débits, qu'ils constituent ou non une expropriation, donnent lieu au versement d'une indemnité aux membres des régimes. Il serait absurde de considérer que le projet de loi C-78 exige que le gouvernement porte les sommes excédentaires au débit des comptes et lui impose ensuite de verser une indemnité aux membres des régimes pour les montants ainsi débités. Une telle interprétation convertirait les dispositions pertinentes du projet de loi C-78 en un mécanisme de distribution — pourvoyant à la réduction des surplus et à une forme d'indemnisation des membres des régimes pour remplacer les surplus — alors que cela n'était clairement pas l'intention du législateur. Si les par. 44(9) à (13) ont une portée spoliatrice, alors il y avait intention de confisquer sans indemnité.

[163] Les modifications correspondantes apportées à la *LPRFC* (par. 55(9) à (13)) et à la *LPRGRC* (par. 29(9) à (13)) vont dans le même sens et sont tout aussi claires.

## VI. Conclusion

[164] Les comptes de pension de retraite sont des livres comptables prescrits par la loi, et ils ne contiennent pas d'éléments d'actif dans lesquels les appelants posséderaient un intérêt en common law ou en equity. L'intérêt des membres des régimes n'allait pas au-delà de leur droit aux prestations déterminées prévues par les régimes. Le gouvernement n'avait aucune obligation fiduciaire envers les membres des régimes, et il ne s'est pas non plus enrichi de façon injustifiée en amortissant et retirant

surplus reflected in the Superannuation Accounts to be expropriated by Bill C-78.

les surplus. Enfin, les membres des régimes ne possédaient pas, dans les surplus qu'affichaient les comptes de pension de retraite, d'intérêt en common law ou en equity pouvant être exproprié par le projet de loi C-78.

[165] I would dismiss the appeal with costs.

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

## APPENDIX

*Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22

2. (1) The following definitions apply in this Act.

. . .

“employee”, except in Part 2, means a person employed in the public service, other than

(a) a person appointed by the Governor in Council under an Act of Parliament to a statutory position described in that Act;

(b) a person locally engaged outside Canada;

(c) a person not ordinarily required to work more than one third of the normal period for persons doing similar work;

(d) a person who is a member or special constable of the Royal Canadian Mounted Police or who is employed by that force under terms and conditions substantially the same as those of one of its members;

(e) a person employed in the Canadian Security Intelligence Service who does not perform duties of a clerical or secretarial nature;

(f) a person employed on a casual basis;

(g) a person employed on a term basis, unless the term of employment is for a period of three months or more or the person has been so employed for a period of three months or more;

(h) a person employed by the Board;

(i) a person who occupies a managerial or confidential position; or

(j) a person who is employed under a program designated by the employer as a student employment program.

. . .

## ANNEXE

*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

« fonctionnaire » Sauf à la partie 2, personne employée dans la fonction publique, à l'exclusion de toute personne :

a) nommée par le gouverneur en conseil, en vertu d'une loi fédérale, à un poste prévu par cette loi;

b) recrutée sur place à l'étranger;

c) qui n'est pas ordinairement astreinte à travailler plus du tiers du temps normalement exigé des personnes exécutant des tâches semblables;

d) qui est membre ou gendarme auxiliaire de la Gendarmerie royale du Canada, ou y est employée sensiblement aux mêmes conditions que ses membres;

e) employée par le Service canadien du renseignement de sécurité et n'exerçant pas des fonctions de commis ou de secrétaire;

f) employée à titre occasionnel;

g) employée pour une durée déterminée de moins de trois mois ou ayant travaillé à ce titre pendant moins de trois mois;

h) employée par la Commission;

i) occupant un poste de direction ou de confiance;

j) employée dans le cadre d'un programme désigné par l'employeur comme un programme d'embauche des étudiants.

“public service”, except in Part 3, means the several positions in or under

- (a) the departments named in Schedule I to the *Financial Administration Act*;
- (b) the other portions of the federal public administration named in Schedule IV to that Act; and
- (c) the separate agencies named in Schedule V to that Act.

**113.** A collective agreement may not, directly or indirectly, alter or eliminate any existing term or condition of employment or establish any new term or condition of employment if

- (a) doing so would require the enactment or amendment of any legislation by Parliament, except for the purpose of appropriating money required for the implementation of the term or condition; or
- (b) the term or condition is one that has been or may be established under the *Public Service Employment Act*, the *Public Service Superannuation Act* or the *Government Employees Compensation Act*.

*Public Service Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. P-36

**4.** (1) Subject to this Part, an annuity or other benefit specified in this Part shall be paid to or in respect of every person who, being required to contribute to the Superannuation Account or the Public Service Pension Fund in accordance with this Part, dies or ceases to be employed in the public service, which annuity or other benefit shall, subject to this Part, be based on the number of years of pensionable service to the credit of that person.

(2) The Superannuation Account, established in the accounts of Canada pursuant to the *Superannuation Act*, is hereby continued.

**43.** (1) All amounts required for the payment of benefits for which this Part and Part III make provision shall be paid out of the Superannuation Account if the benefits are payable in respect of pensionable

« fonction publique » Sauf à la partie 3, l'ensemble des postes qui sont compris dans les entités ci-après ou qui en relèvent :

- a) les ministères figurant à l'annexe I de la *Loi sur la gestion des finances publiques*;
- b) les autres secteurs de l'administration publique fédérale figurant à l'annexe IV de cette loi;
- c) les organismes distincts figurant à l'annexe V de la même loi.

**113.** La convention collective ne peut avoir pour effet direct ou indirect de modifier, supprimer ou établir :

- a) une condition d'emploi de manière que cela nécessiterait l'adoption ou la modification d'une loi fédérale, exception faite des lois affectant les crédits nécessaires à son application;
- b) une condition d'emploi qui a été ou pourrait être établie sous le régime de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, la *Loi sur la pension de la fonction publique* ou la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*.

*Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-36

**4.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, une pension ou autre prestation spécifiée dans la présente partie doit être versée à toute personne qui, étant tenue de contribuer au compte de pension de retraite ou à la Caisse de retraite de la fonction publique d'après la présente partie, décède ou cesse d'être employée dans la fonction publique, ou relativement à cette personne; sous réserve des autres dispositions de la présente partie, cette pension ou prestation est basée sur le nombre d'années de service ouvrant droit à pension au crédit de cette personne.

(2) Le Compte de pension, ouvert parmi les comptes du Canada selon la *Loi sur la pension de retraite*, est maintenu sous le nom de compte de pension de retraite.

**43.** (1) Tous les montants nécessaires au paiement des prestations que prévoient la présente partie et la partie III doivent être payés sur le compte de pension de retraite si elles sont payables en ce qui touche le service



service to the credit of a contributor before April 1, 2000.

(2) The amounts deposited in the Public Service Superannuation Investment Fund under subsection 44.1(2) shall be transferred to the Public Sector Pension Investment Board within the meaning of the *Public Sector Pension Investment Board Act* to be dealt with in accordance with that Act.

(3) If there are insufficient amounts in the Superannuation Account to pay all the benefits referred to in subsection (1), the amounts required for the payment of those benefits shall be charged to the Public Service Superannuation Investment Fund and paid out of the assets of the Public Sector Pension Investment Board.

**44.** (1) There shall be credited to the Superannuation Account in each fiscal year

(a) [Repealed, 1999, c. 34, s. 95]

(b) in respect of every month, such amount in relation to the total amount paid into the Account during the preceding month by way of contributions in respect of past service as is determined by the Minister; and

(c) an amount representing interest on the balance from time to time to the credit of the Account, calculated in such manner and at such rates and credited at such times as the regulations provide, but the rate for any quarter in a fiscal year shall be at least equal to the rate that would be determined for that quarter using the method set out in section 46 of the *Public Service Superannuation Regulations*, as that section read on March 31, 1991.

(2) to (5) [Repealed, 1999, c. 34, s. 95]

(6) Following the laying before Parliament of any actuarial valuation report pursuant to section 45 that relates to the state of the Superannuation Account and the Public Service Superannuation Investment Fund, there shall be credited to the Account, at the time and in the manner set out in subsection (7), the amount that in the opinion of the Minister will, at the end of the fifteenth fiscal year following the tabling of that report or at the end of the shorter period that the Minister may determine, together with the amount that the Minister estimates will be to the credit of the Account and the Public Service Superannuation Investment Fund at that time, meet the cost of the benefits payable under this Part and Part III in respect of pensionable service that is to the credit of contributors before April 1, 2000.

ouvrant droit à pension qui est au crédit du contributeur avant le 1<sup>er</sup> avril 2000.

(2) Les montants déposés auprès du Fonds de placement du compte de pension de retraite de la fonction publique au titre du paragraphe 44.1(2) sont transférés à l'Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public, au sens de la *Loi sur l'Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public*, pour être gérés conformément à cette loi.

(3) Si les montants portés au crédit du compte de pension de retraite ne permettent pas de payer les prestations visées au paragraphe (1), les montants nécessaires au paiement de celles-ci doivent être portés au débit du Fonds de placement du compte de pension de retraite de la fonction publique et payés sur l'actif de l'Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public.

**44.** (1) Lors de chaque exercice, sont portés au crédit du compte de pension de retraite :

a) [Abrogé, 1999, ch. 34, art. 95]

b) pour chaque mois, le montant que le ministre détermine en fonction de la somme globale versée au compte pendant le mois précédent sous forme de contributions à l'égard d'un service passé;

c) le montant qui représente l'intérêt sur le solde figurant au crédit du compte, calculé de la manière et selon les taux et porté au crédit aux moments fixés par règlements. Toutefois, le taux applicable à un trimestre donné au cours d'un exercice doit être au moins égal à celui qui serait obtenu pour le même trimestre par la méthode de calcul prévue à l'article 46 du *Règlement sur la pension de la fonction publique*, dans sa version du 31 mars 1991.

(2) à (5) [Abrogés, 1999, ch. 34, art. 95]

(6) À la suite du dépôt au Parlement du rapport d'évaluation actuarielle visé à l'article 45 concernant l'état du compte de pension de retraite et la situation du Fonds de placement du compte de pension de retraite de la fonction publique, est porté au crédit du compte, selon les modalités de temps et autres prévues au paragraphe (7), le montant que, de l'avis du ministre, il faudra ajouter, à la fin du quinzième exercice suivant le dépôt du rapport ou de la période plus courte que détermine le ministre, au solde créditeur que devrait alors, suivant l'estimation de celui-ci, avoir le compte et le fonds pour couvrir le coût des prestations payables en application de la présente partie et de la partie III au titre du service ouvrant droit à pension qui est au crédit des contributeurs avant le 1<sup>er</sup> avril 2000.

(7) Subject to subsection (8), the amount required to be credited to the Superannuation Account under subsection (6) shall be divided into equal annual instalments and the instalments shall be credited to the Account over a period of fifteen years, or such shorter period as the Minister may determine, with the first such instalment to be credited in the fiscal year in which the actuarial valuation report is laid before Parliament.

(8) When a subsequent actuarial valuation report is laid before Parliament before the end of the period applicable under subsection (7), the instalments remaining to be credited in that period may be adjusted to reflect the amount that is estimated by the Minister, at the time that subsequent report is laid before Parliament, to be the amount that will, together with the amount that the Minister estimates will be to the credit of the Superannuation Account and the Public Service Superannuation Investment Fund at the end of that period, meet the cost of the benefits payable under this Part and Part III in respect of pensionable service that is to the credit of contributors before April 1, 2000.

(9) Following the laying before Parliament of any actuarial valuation report pursuant to section 45 that relates to the state of the Superannuation Account and the Public Service Superannuation Investment Fund, there may be debited from the Account, at the time and in the manner set out in subsection (11), an amount that in the opinion of the Minister exceeds the amount that the Minister estimates, based on the report, will be required to be to the credit of the Account and the Public Service Superannuation Investment Fund at the end of the fifteenth fiscal year following the tabling of that report or at the end of a shorter period that the Minister may determine, in order to meet the cost of the benefits payable under this Part and Part III in respect of pensionable service that is to the credit of contributors before April 1, 2000.

(10) If the total of the amounts in the Account and in the Fund referred to in subsection (9) exceeds, following the laying of the report referred to in that subsection, the maximum amount referred to in subsection (13), there shall be debited from the Account, at the time and in the manner set out in subsection (11), the amount of the excess.

(11) Subject to subsection (12), the amount that may be debited under subsection (9) and the amount that must be debited under subsection (10) shall be debited in annual instalments over a period of fifteen years, or a shorter period that the Minister may determine, with the first such instalment to be debited in the fiscal year

(7) Sous réserve du paragraphe (8), le montant qu'il faudra ajouter au solde créditeur du compte de pension de retraite, en application du paragraphe (6), est porté au crédit du compte par versements annuels égaux échelonnés sur une période de quinze ans ou sur la période plus courte que détermine le ministre, le premier versement devant être porté au crédit du compte au cours de l'exercice où le rapport d'évaluation actuarielle est déposé au Parlement.

(8) Lorsqu'un nouveau rapport d'évaluation actuarielle est déposé au Parlement avant la fin de la période applicable aux termes du paragraphe (7), les versements qui restaient à effectuer au cours de cette période peuvent être ajustés compte tenu du montant que le ministre estime, à la date du dépôt de ce rapport, être celui qu'il faudra ajouter au solde créditeur que, suivant l'estimation de celui-ci, devrait avoir le compte de pension de retraite et le Fonds de placement du compte de pension de retraite de la fonction publique à la fin de cette période pour couvrir le coût des prestations payables en application de la présente partie et de la partie III au titre du service ouvrant droit à pension qui est au crédit des contributeurs avant le 1<sup>er</sup> avril 2000.

(9) À la suite du dépôt au Parlement du rapport d'évaluation actuarielle visé à l'article 45 concernant l'état du compte de pension de retraite et la situation du Fonds de placement du compte de pension de retraite de la fonction publique, peut être porté au débit du compte, selon les modalités de temps et autres prévues au paragraphe (11), le montant qui, de l'avis du ministre, dépasse le montant devant, à son avis — fondé sur le rapport —, être au crédit du compte et du fonds, à la fin du quinzième exercice suivant le dépôt du rapport ou de la période plus courte qu'il détermine, pour couvrir le coût des prestations payables en application de la présente partie et de la partie III au titre du service ouvrant droit à pension qui est au crédit des contributeurs avant le 1<sup>er</sup> avril 2000.

(10) Si le montant total au crédit du compte et du fonds visés au paragraphe (9) dépasse, à la suite du dépôt du rapport, le montant maximum visé au paragraphe (13), le montant est porté au débit du compte selon les modalités de temps et autres prévues au paragraphe (11).

(11) Sous réserve du paragraphe (12), le montant pouvant être porté au débit du compte en application du paragraphe (9) et celui devant l'être en application du paragraphe (10) sont prélevés annuellement sur une période de quinze ans ou sur la période plus courte que détermine le ministre, le premier prélèvement devant

in which the actuarial valuation report is laid before Parliament.

(12) When a subsequent actuarial valuation report is laid before Parliament before the end of the period applicable under subsection (11), the instalments remaining to be debited in that period may be adjusted to reflect the amount that is estimated by the Minister, at the time that subsequent report is laid before Parliament, to be the amount that will, together with the amount that the Minister estimates will be to the credit of the Superannuation Account and the Public Service Superannuation Investment Fund at the end of that period, meet the cost of the benefits payable under this Part and Part III in respect of pensionable service that is to the credit of contributors before April 1, 2000.

(13) At the end of the period, the total of the amounts that are to the credit of the Superannuation Account and the Public Service Superannuation Investment Fund must not exceed one hundred and ten percent of the amount that the Minister estimates is required to meet the cost of the benefits payable under this Part and Part III in respect of pensionable service that is to the credit of contributors before April 1, 2000.

(14) The costs of the administration of this Act, as determined by the Treasury Board, with respect to benefits payable under this Act in respect of pensionable service that is to the credit of contributors before April 1, 2000, shall be paid out of the Superannuation Account.

*Public Sector Pension Investment Board Act, S.C. 1999, c. 34*

4. (1) The objects of the Board are

(a) to manage amounts that are transferred to it under subsections 54(2) and 55.2(5) and section 59.4 of the *Canadian Forces Superannuation Act*, subsections 43(2) and 44.2(5) of the *Public Service Superannuation Act* and subsections 28(2) and 29.2(5) of the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act* in the best interests of the contributors and beneficiaries under those Acts; and

(b) to invest its assets with a view to achieving a maximum rate of return, without undue risk of loss, having regard to the funding, policies and requirements of the pension plans established under the Acts referred to in paragraph (a) and the ability of those plans to meet their financial obligations.

être effectué au cours de l'exercice où le rapport d'évaluation actuarielle est déposé au Parlement.

(12) Lorsqu'un nouveau rapport d'évaluation actuarielle est déposé au Parlement avant la fin de la période applicable aux termes du paragraphe (11), les prélèvements restant à effectuer au cours de cette période peuvent être ajustés compte tenu du montant que le ministre estime, à la date du dépôt de ce rapport, être celui qu'il faudra ajouter au solde créditeur que, suivant l'estimation de celui-ci, devrait avoir le compte de pension de retraite et le Fonds de placement du compte de pension de retraite de la fonction publique à la fin de cette période pour couvrir le coût des prestations payables en application de la présente partie et de la partie III au titre du service ouvrant droit à pension qui est au crédit des contributeurs avant le 1<sup>er</sup> avril 2000.

(13) À la fin de la période, le montant total au crédit du compte de pension de retraite et du Fonds de placement du compte de pension de retraite de la fonction publique ne peut dépasser cent dix pour cent du montant que le ministre estime nécessaire pour couvrir le coût des prestations payables en application de la présente partie et de la partie III au titre du service ouvrant droit à pension qui est au crédit des contributeurs avant le 1<sup>er</sup> avril 2000.

(14) Les coûts liés à l'application de la présente loi en ce qui touche les prestations payables en application de celle-ci au titre du service ouvrant droit à pension qui est au crédit des contributeurs avant le 1<sup>er</sup> avril 2000 sont payés sur le compte de pension de retraite. Ces coûts sont fixés par le Conseil du Trésor.

*Loi sur l'Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public, L.C. 1999, ch. 34*

4. (1) L'Office a pour mission :

a) de gérer, dans l'intérêt des contributeurs et des bénéficiaires des régimes en cause, les sommes transférées en application des paragraphes 54(2) et 55.2(5) et de l'article 59.4 de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, des paragraphes 43(2) et 44.2(5) de la *Loi sur la pension de la fonction publique* et des paragraphes 28(2) et 29.2(5) de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*;

b) de placer son actif en vue d'un rendement maximal tout en évitant des risques de perte indus et compte tenu du financement et des principes et exigences des régimes ainsi que de l'aptitude de ceux-ci à s'acquitter de leurs obligations financières.

(2) The costs associated with the operation of the Board shall be paid out of the funds.

(3) The Minister shall determine from which funds the costs shall be paid, but no amount shall be taken out of the Canadian Forces Pension Fund or the Canadian Forces Superannuation Investment Fund — or, if regulations are made under section 59.1 of the *Canadian Forces Superannuation Act*, from the fund referred to in section 59.3 of that Act — without consulting the Minister of National Defence, or from the Royal Canadian Mounted Police Pension Fund or the Royal Canadian Mounted Police Superannuation Investment Fund without consulting the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness.

*Public Pensions Reporting Act*, R.S.C. 1985, c. 13 (2nd Supp.)

7. Where, in the review of a pension plan, actuarial assumptions or methods are used that differ from those used for the immediately preceding review in respect of which a cost certificate was filed pursuant to section 5 and such different assumptions or methods result

(a) in a decrease in the going concern unfunded actuarial liability but do not result in an excess of going concern assets over the going concern actuarial liabilities, the outstanding special payments shall be recalculated by multiplying each of the amounts thereof by a factor having, as numerator, the going concern unfunded actuarial liability and, as denominator, the sum of the present values of the previously determined special payments where the present values are calculated on the basis of the actuarial assumptions used at the current review; or

(b) in an excess of the going concern assets over the going concern actuarial liabilities, the valuation report referred to in section 6 shall include a statement as to the method, if any, proposed for the disposition of such excess.

8. (1) The Minister shall cause a certification of the assets of a pension plan established under the *Canadian Forces Superannuation Act*, . . . the *Public Service Superannuation Act*, [and] the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act* . . . to be made and a report thereof to be filed with the Minister at the same time as a cost certificate is filed pursuant to subsection 5(1).

(2) Les coûts liés à la gestion de l'Office sont payés sur les fonds.

(3) Le ministre détermine sur quels fonds les coûts sont payés. Aucune somme ne peut être payée en ce qui touche la Caisse de retraite des Forces canadiennes, le Fonds de placement du compte de pension de retraite des Forces canadiennes et, si des règlements sont pris en vertu de l'article 59.1 de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, en ce qui touche le fonds visé à l'article 59.3 de cette loi sauf après consultation du ministre de la Défense nationale et, en ce qui touche la Caisse de retraite de la Gendarmerie royale du Canada et le Fonds de placement du compte de pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada, sauf après consultation du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile.

*Loi sur les rapports relatifs aux pensions publiques*, L.R.C. 1985, ch. 13 (2<sup>e</sup> suppl.)

7. Lorsque la révision d'un régime de pensions se fait selon des hypothèses ou des méthodes actuarielles différentes de celles utilisées pour la dernière révision pour laquelle le certificat visé à l'article 5 a été présenté et que ces hypothèses ou méthodes différentes entraînent :

a) soit une diminution du passif actuariel à long terme non capitalisé mais non un excédent de l'actif à long terme sur le passif actuariel à long terme, les paiements spéciaux restants sont recalculés en multipliant chacun des montants par un coefficient, ayant pour numérateur le passif actuariel à long terme non capitalisé et, pour dénominateur, la somme des valeurs actuelles des paiements spéciaux déjà déterminés lorsqu'elles sont calculées d'après les hypothèses actuarielles utilisées lors de la révision actuelle;

b) soit un excédent de l'actif à long terme sur le passif actuariel à long terme, le rapport d'évaluation visé à l'article 6 comprend une déclaration quant à la méthode, s'il y a lieu, proposée pour l'élimination de cet excédent.

8. (1) Le ministre fait certifier l'actif d'un régime de pensions établi en vertu de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, [. . .] la *Loi sur la pension de la fonction publique* [et] la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada* [. . .] et exige qu'un rapport à ce sujet lui soit présenté en même temps que le certificat de coût présenté conformément au paragraphe 5(1).

(2) The certification and the assets report referred to in subsection (1) shall be made by the Comptroller General of Canada.

(2) La certification et le rapport sur l'actif visés au paragraphe (1) sont faits par le contrôleur général du Canada.

9. (1) The Minister shall lay before Parliament any cost certificate, valuation report or assets report filed with the Minister pursuant to this Act, within thirty sitting days of their being filed if Parliament is then sitting, or if Parliament is not then sitting, on any of the first thirty days thereafter that Parliament is sitting.

9. (1) Le ministre dépose au Parlement tout certificat de coût, rapport d'évaluation ou rapport sur l'actif qui lui est présenté en vertu de la présente loi, dans les trente jours de séance suivant leur présentation ou, si le Parlement ne siège pas, dans les trente premiers jours de séance ultérieurs.

*Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11

*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11

2. In this Act,

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

. . .

“Consolidated Revenue Fund” means the aggregate of all public moneys that are on deposit at the credit of the Receiver General;

« effet de commerce » Titre négociable, notamment chèque, chèque de voyage, traite, lettre de change ou titre de versement postal.

. . .

. . .

“money” includes negotiable instruments;

« fonds » Sommes d'argent; y sont assimilés les effets de commerce.

“negotiable instrument” includes any cheque, draft, traveller's cheque, bill of exchange, postal note, money order, postal remittance and any other similar instrument;

« fonds publics » Fonds appartenant au Canada, perçus ou reçus par le receveur général ou un autre fonctionnaire public agissant en sa qualité officielle ou toute autre personne autorisée à en percevoir ou recevoir. La présente définition vise notamment :

. . .

“public money” means all money belonging to Canada received or collected by the Receiver General or any other public officer in his official capacity or any person authorized to receive or collect such money, and includes

- a) les recettes de l'État;
- b) les emprunts effectués par le Canada ou les produits de l'émission ou de la vente de titres;
- c) les fonds perçus ou reçus pour le compte du Canada ou en son nom;
- d) les fonds perçus ou reçus par un fonctionnaire public sous le régime d'un traité, d'une loi, d'une fiducie, d'un contrat ou d'un engagement et affectés à une fin particulière précisée dans l'acte en question ou conformément à celui-ci.

- (a) duties and revenues of Canada,
- (b) money borrowed by Canada or received through the issue or sale of securities,
- (c) money received or collected for or on behalf of Canada, and
- (d) all money that is paid to or received or collected by a public officer under or pursuant to any Act, trust, treaty, undertaking or contract, and is to be disbursed for a purpose specified in or pursuant to that Act, trust, treaty, undertaking or contract;

. . .

« Trésor » Le total des fonds publics en dépôt au crédit du receveur général.

. . .

. . .

**17.** (1) Subject to this Part, all public money shall be deposited to the credit of the Receiver General.

(2) The Receiver General may establish, in the name of the Receiver General, accounts for the deposit of public money with

- (a) any member of the Canadian Payments Association;
- (b) any local cooperative credit society that is a member of a central cooperative credit society having membership in the Canadian Payments Association;
- (c) any fiscal agent that the Minister may designate; and
- (d) any financial institution outside Canada that the Minister may designate.

. . .

(4) Subject to any regulations made under subsection (5), every person employed in the collection or management of, or charged with the receipt of, public money and every other person who collects or receives public money shall pay that money to the credit of the Receiver General.

. . .

**63.** (1) Subject to regulations of the Treasury Board, the Receiver General shall cause accounts to be kept in such manner as to show

- (a) the expenditures made under each appropriation;
- (b) the revenues of Canada; and
- (c) the other payments into and out of the Consolidated Revenue Fund.

(2) The Receiver General shall cause accounts to be kept to show such of the assets and direct and contingent liabilities of Canada and shall establish such reserves with respect to the assets and liabilities as, in the opinion of the President of the Treasury Board and the Minister, are required to present fairly the financial position of Canada.

(3) The accounts of Canada shall be kept in the currency of Canada.

**64.** (1) A report, called the Public Accounts, shall be prepared by the Receiver General for each fiscal

**17.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les fonds publics sont déposés au crédit du receveur général.

(2) Le receveur général peut, pour le dépôt de fonds publics, ouvrir, sous son nom, des comptes auprès :

- a) d'une institution membre de l'Association canadienne des paiements;
- b) d'une société coopérative de crédit locale membre d'une société coopérative de crédit centrale qui est membre de l'Association canadienne des paiements;
- c) d'un agent financier désigné par le ministre;
- d) d'un établissement financier de l'étranger désigné par le ministre.

. . .

(4) Sous réserve des règlements pris au titre du paragraphe (5), tout percepteur, gestionnaire ou receveur de fonds publics verse ceux-ci au crédit du receveur général.

. . .

**63.** (1) Sous réserve des règlements du Conseil du Trésor, le receveur général fait tenir des comptes retraçant :

- a) les dépenses effectuées au titre de chaque crédit;
- b) les recettes de l'État;
- c) les autres entrées et sorties de fonds du Trésor.

(2) Le receveur général fait tenir des comptes retraçant les actifs, les passifs et les passifs éventuels de l'État, ainsi que les provisions constituées à cet égard, qui, selon le président du Conseil du Trésor et le ministre, sont nécessaires à une présentation fidèle de la situation financière du Canada.

(3) Les comptes du Canada sont tenus en monnaie canadienne.

**64.** (1) Le receveur général établit pour chaque exercice un rapport intitulé « Comptes publics »; ce rapport

year and shall be laid before the House of Commons by the President of the Treasury Board on or before December 31 next following the end of that fiscal year or, if the House of Commons is not then sitting, on any of the first fifteen days next thereafter that the House of Commons is sitting.

(2) The Public Accounts shall be in such form as the President of the Treasury Board and the Minister may direct, and shall include

(a) a statement of

- (i) the financial transactions of the fiscal year,
- (ii) the expenditures and revenues of Canada for the fiscal year, and
- (iii) such of the assets and liabilities of Canada as, in the opinion of the President of the Treasury Board and the Minister, are required to show the financial position of Canada as at the termination of the fiscal year;

(b) the contingent liabilities of Canada;

(c) the opinion of the Auditor General of Canada as required under section 6 of the *Auditor General Act*; and

(d) such other accounts and information relating to the fiscal year as are deemed necessary by the President of the Treasury Board and the Minister to present fairly the financial transactions and the financial position of Canada or as are required by this Act or any other Act of Parliament to be shown in the Public Accounts.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants the Professional Institute of the Public Service of Canada et al.: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.*

*Solicitors for the appellants the Public Service Alliance of Canada, the Armed Forces Pensioners'/Annuity Association of Canada et al.: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.*

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

est déposé devant la Chambre des communes par le président du Conseil du Trésor au plus tard le 31 décembre suivant la fin de l'exercice ou, si la chambre ne siège pas, dans les quinze premiers jours de séance ultérieurs.

(2) Les Comptes publics, à présenter en la forme fixée par le président du Conseil du Trésor et le ministre, comportent les éléments suivants :

a) des états portant sur :

- (i) les opérations financières de l'exercice,
- (ii) les dépenses et les recettes de l'État pour l'exercice,
- (iii) les actifs et les passifs de l'État qui, selon le président du Conseil du Trésor et le ministre, sont nécessaires à la présentation de la situation financière du Canada à la fin de l'exercice;

b) les passifs éventuels de l'État;

c) l'avis du vérificateur général donné en application de l'article 6 de la *Loi sur le vérificateur général*;

d) les autres comptes et renseignements relatifs à l'exercice que le président du Conseil du Trésor et le ministre jugent nécessaires à une présentation fidèle des opérations et de la situation financières du Canada ou à faire figurer aux termes de la présente loi ou d'une autre loi fédérale.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada et autres : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.*

*Procureurs des appelantes l'Alliance de la Fonction publique du Canada, l'Association canadienne des pensionnés et rentiers militaires et autres : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.*

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

**N.S.** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen, M-d S. and  
M-I S.** *Respondents*

and

**Ontario Human Rights Commission,  
Barbra Schlifer Commemorative Clinic,  
Criminal Lawyers' Association (Ontario),  
Muslim Canadian Congress, South Asian  
Legal Clinic of Ontario, Barreau du  
Québec, Canadian Civil Liberties  
Association, Women's Legal Education and  
Action Fund and Canadian Council on  
American-Islamic Relations** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. N.S.**

**2012 SCC 72**

File No.: 33989.

2011: December 8; 2012: December 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Charter of Rights — Freedom of religion — Right to  
fair hearing — Right to make full answer and defence —  
Muslim witness at preliminary hearing in sexual assault  
trial wanting to testify with her face covered by niqab —  
Whether requiring witness to remove the niqab while  
testifying would interfere with her religious freedom —  
Whether permitting her to wear niqab while testifying  
would create a serious risk to trial fairness — Whether  
both rights could be accommodated to avoid conflict be-  
tween them — If not, whether salutary effects of requir-  
ing the witness to remove niqab outweigh deleterious  
effects — Canadian Charter of Rights and Freedoms,  
ss. 2(a), 7 and 11(d).*

*Criminal law — Evidence — Cross-examination —  
Muslim witness at preliminary hearing in sexual assault*

**N.S.** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine, M-d S. et  
M-I S.** *Intimés*

et

**Commission ontarienne des droits de la  
personne, Barbra Schlifer Commemorative  
Clinic, Criminal Lawyers' Association  
(Ontario), Muslim Canadian Congress,  
South Asian Legal Clinic of Ontario,  
Barreau du Québec, Association canadienne  
des libertés civiles, Fonds d'action et  
d'éducation juridiques pour les femmes et  
Canadian Council on American-Islamic  
Relations** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. N.S.**

**2012 CSC 72**

N° du greffe : 33989.

2011 : 8 décembre; 2012 : 20 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 L'ONTARIO

*Charte des droits — Liberté de religion — Procès  
équitable — Droit de présenter une défense pleine et  
entière — À l'enquête préliminaire dans un procès pour  
agression sexuelle, musulmane voulant témoigner en  
conservant le niqab qui lui recouvre le visage — L'obli-  
gation faite au témoin d'enlever son niqab pour témoi-  
gner porte-t-elle atteinte à sa liberté de religion? —  
Permettre au témoin de porter son niqab pendant son  
témoignage poserait-il un risque sérieux pour l'équité  
du procès? — Les deux droits peuvent-ils être conciliés  
de façon à éviter le conflit qui les oppose? — Dans la  
négative, les effets bénéfiques de l'obligation faite au  
témoin d'enlever son niqab sont-ils plus importants que  
ses effets préjudiciables — Charte canadienne des droits  
et libertés, art. 2a), 7, 11d).*

*Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire —  
À l'enquête préliminaire dans un procès pour agression*



*trial wanting to testify with her face covered by niqab — Whether permitting her to wear niqab while testifying would create a serious risk to trial fairness.*

The accused, M-d S. and M-l S., stand charged with sexually assaulting N.S. N.S. was called by the Crown as a witness at the preliminary inquiry. N.S., who is a Muslim, indicated that for religious reasons she wished to testify wearing her niqab. The preliminary inquiry judge held a *voir dire*, concluded that N.S.'s religious belief was “not that strong” and ordered her to remove her niqab. On appeal, the Court of Appeal held that if the witness's freedom of religion and the accused's fair trial interests were both engaged on the facts and could not be reconciled, the witness may be ordered to remove the niqab, depending on the context. The Court of Appeal returned the matter to the preliminary inquiry judge. N.S. appealed.

*Held* (Abella J. dissenting): The appeal should be dismissed, and the matter remitted to the preliminary inquiry judge.

*Per* McLachlin C.J. and Deschamps, Fish and Cromwell JJ.: The issue is when, if ever, a witness who wears a niqab for religious reasons can be required to remove it while testifying. Two sets of *Charter* rights are potentially engaged — the witness's freedom of religion and the accused's fair trial rights, including the right to make full answer and defence. An extreme approach that would always require the witness to remove her niqab while testifying, or one that would never do so, is untenable. The answer lies in a just and proportionate balance between freedom of religion and trial fairness, based on the particular case before the court. A witness who for sincere religious reasons wishes to wear the niqab while testifying in a criminal proceeding will be required to remove it if (a) this is necessary to prevent a serious risk to the fairness of the trial, because reasonably available alternative measures will not prevent the risk; and (b) the salutary effects of requiring her to remove the niqab outweigh the deleterious effects of doing so.

Applying this framework involves answering four questions. First, would requiring the witness to remove the niqab while testifying interfere with her religious freedom? To rely on s. 2(a) of the *Charter*, N.S. must show that her wish to wear the niqab while testifying is based on a sincere religious belief. The preliminary

*sexuelle, musulmane voulant témoigner en conservant le niqab qui lui recouvre le visage — Permettre au témoin de porter son niqab pendant son témoignage poserait-il un risque grave pour l'équité du procès?*

Les intimés M-d S. et M-l S. sont accusés d'agression sexuelle à l'endroit de N.S. Le ministère public a assigné N.S. à témoigner à l'enquête préliminaire. N.S., une musulmane, a indiqué que, pour des motifs religieux, elle voulait témoigner en portant son niqab. À l'issue d'un voir-dire, le juge président l'enquête préliminaire a conclu que la conviction religieuse de N.S. n'était « pas tellement forte » et lui a ordonné d'enlever son niqab. En appel, la cour d'appel a conclu que si, en raison des faits, la liberté de religion du témoin et le droit de l'accusé à un procès équitable sont en jeu et ne peuvent être conciliés, il peut être ordonné au témoin, selon les circonstances, d'enlever son niqab. La Cour d'appel a renvoyé l'affaire au juge président l'enquête préliminaire. N.S. a fait appel de cette décision.

*Arrêt* (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est rejeté et l'affaire est renvoyée au juge président l'enquête préliminaire.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Fish et Cromwell : Il s'agit de déterminer dans quel cas, s'il en est, la personne qui porte un niqab pour des motifs religieux peut être requise de l'enlever pendant son témoignage. Deux catégories de droits garantis par la *Charte* sont susceptibles d'entrer en jeu — la liberté de religion du témoin et le droit de l'accusé à un procès équitable, y compris le droit de présenter une défense pleine et entière. Une mesure extrême, qui obligerait toujours, ou n'obligerait jamais, le témoin à enlever son niqab durant son témoignage serait indéfendable. La solution consiste à trouver un équilibre juste et proportionnel entre la liberté de religion et l'équité du procès, eu égard à l'affaire particulière dont la cour est saisie. La personne appelée à témoigner qui souhaite, pour des motifs religieux sincères, porter le niqab pendant son témoignage dans une procédure criminelle sera obligée de l'enlever si deux conditions sont respectées : a) cette mesure est nécessaire pour écarter un risque sérieux que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque; et b) les effets bénéfiques de l'obligation d'enlever le niqab sont plus importants que ses effets préjudiciables.

L'application de ce cadre d'analyse suppose que l'on réponde à quatre questions. Premièrement, le fait d'obliger le témoin à enlever le niqab pendant son témoignage porterait-il atteinte à sa liberté de religion? Pour se prévaloir de l'al. 2a) de la *Charte*, N.S. doit établir que sa volonté de porter le niqab pendant son témoignage est

inquiry judge concluded that N.S.'s beliefs were not sufficiently strong. However, at this stage the focus is on sincerity rather than strength of belief.

The second question is: would permitting the witness to wear the niqab while testifying create a serious risk to trial fairness? There is a deeply rooted presumption in our legal system that seeing a witness's face is important to a fair trial, by enabling effective cross-examination and credibility assessment. The record before us has not shown this presumption to be unfounded or erroneous. However, whether being unable to see the witness's face threatens trial fairness in any particular case will depend on the evidence that the witness is to provide. Where evidence is uncontested, credibility assessment and cross-examination are not in issue. Therefore, being unable to see the witness's face will not impinge on trial fairness. If wearing the niqab poses no serious risk to trial fairness, a witness who wishes to wear it for sincere religious reasons may do so.

If both freedom of religion and trial fairness are engaged on the facts, a third question must be answered: is there a way to accommodate both rights and avoid the conflict between them? The judge must consider whether there are reasonably available alternative measures that would conform to the witness's religious convictions while still preventing a serious risk to trial fairness.

If no accommodation is possible, then a fourth question must be answered: do the salutary effects of requiring the witness to remove the niqab outweigh the deleterious effects of doing so? Deleterious effects include the harm done by limiting the witness's sincerely held religious practice. The judge should consider the importance of the religious practice to the witness, the degree of state interference with that practice, and the actual situation in the courtroom — such as the people present and any measures to limit facial exposure. The judge should also consider broader societal harms, such as discouraging niqab-wearing women from reporting offences and participating in the justice system. These deleterious effects must be weighed against the salutary effects of requiring the witness to remove the niqab. Salutary effects include preventing harm to the fair trial interest of the accused and safeguarding the repute of the administration of justice. When assessing

fondée sur une croyance religieuse sincère. Le juge présidant l'enquête préliminaire a conclu que la croyance religieuse de N.S. n'était pas assez forte. À cette étape toutefois, l'examen doit porter sur la sincérité de la croyance plutôt que sur sa force.

La seconde question est la suivante : le fait d'autoriser le témoin à porter le niqab pendant son témoignage poserait-il un risque sérieux pour l'équité du procès? Suivant une présomption profondément enracinée dans notre système juridique, il importe pour la tenue d'un procès équitable que l'on puisse voir le visage du témoin, ce qui favorise un contre-interrogatoire efficace et une appréciation exacte de la crédibilité. Le dossier qui nous a été présenté ne démontre pas l'absence de fondement ou le caractère erroné de cette présomption. Toutefois, la question de savoir si l'impossibilité d'observer le visage d'un témoin met en danger l'équité du procès dans un cas en particulier dépendra de la déposition que doit faire le témoin. Si le témoignage n'est pas contesté, l'appréciation de la crédibilité ainsi que l'efficacité du contre-interrogatoire ne sont pas en cause. Par conséquent, l'impossibilité de voir le visage du témoin ne portera pas atteinte au droit à un procès équitable. Si le port du niqab ne présente pas de risque sérieux pour l'équité du procès, le témoin qui souhaite le porter pour des motifs religieux sincères peut le faire.

Si, en raison des faits en cause, la liberté de religion et l'équité du procès entrent en jeu, il faut répondre à une troisième question : y a-t-il moyen de réaliser les deux droits et d'éviter le conflit qui les oppose? Le juge doit se demander s'il existe d'autres mesures raisonnables qui permettraient de respecter les convictions religieuses du témoin tout en prévenant un risque sérieux pour l'équité du procès.

Si aucun accommodement n'est possible, il faut répondre à une quatrième question : les effets bénéfiques de l'obligation faite au témoin de retirer le niqab sont-ils plus importants que ses effets préjudiciables? Le préjudice causé par la restriction de la pratique religieuse sincère du témoin constitue un des effets préjudiciables. Le juge doit examiner l'importance que la personne accorde à sa pratique religieuse, la mesure dans laquelle l'État intervient dans cette pratique ainsi que la situation dans la salle d'audience — les personnes présentes et les mesures en place pour limiter la visibilité du visage. Le juge doit également prendre en considération l'ensemble des préjudices causés à la société, par exemple décourager les femmes qui portent le niqab de signaler les infractions et de participer au système de justice. Les effets préjudiciables de l'obligation d'enlever le niqab doivent être évalués en fonction de ses effets bénéfiques. Ces derniers incluent

potential harm to the accused's fair trial interest, the judge should consider whether the witness's evidence is peripheral or central to the case, the extent to which effective cross-examination and credibility assessment of the witness are central to the case, and the nature of the proceedings. Where the liberty of the accused is at stake, the witness's evidence central and her credibility vital, the possibility of a wrongful conviction must weigh heavily in the balance. The judge must assess all these factors and determine whether the salutary effects of requiring the witness to remove the niqab outweigh the deleterious effects of doing so.

A clear rule that would always, or one that would never, permit a witness to wear the niqab while testifying cannot be sustained. Always permitting a witness to wear the niqab would offer no protection for the accused's fair trial interest and the state's interest in maintaining public confidence in the administration of justice. However, never permitting a witness to testify wearing a niqab would not comport with the fundamental premise underlying the *Charter* that rights should be limited only to the extent that the limits are shown to be justifiable. The need to accommodate and balance sincerely held religious beliefs against other interests is deeply entrenched in Canadian law.

Competing rights claims should be reconciled through accommodation if possible, and if a conflict cannot be avoided, through case-by-case balancing. The *Charter*, which protects both freedom of religion and trial fairness, demands no less.

*Per LeBel and Rothstein JJ.:* This appeal illustrates the tension and changes caused by the rapid evolution of contemporary Canadian society and by the growing presence in Canada of new cultures, religions, traditions and social practices. This case is not purely one of conflict and reconciliation between a religious right and the protection of the right of the accused to make full answer and defence, but engages basic values of the Canadian criminal justice system. The *Charter* protects freedom of religion in express words at s. 2(a). But fundamental too are the rights of the accused to a fair trial, to make full answer and defence to the charges brought against him, to benefit from the constitutional presumption of innocence and to avert wrongful

la prévention du préjudice au droit de l'accusé à un procès équitable et la préservation de la considération dont jouit l'administration de la justice. Dans son examen du préjudice possible au droit de l'accusé à un procès équitable, le juge devrait déterminer si la déposition est essentielle à la poursuite ou si elle porte sur des points secondaires, la mesure dans laquelle l'efficacité du contre-interrogatoire du témoin et l'appréciation de la crédibilité de son témoignage est cruciale dans l'affaire, ainsi que la nature de l'instance. Lorsque la liberté de l'accusé est en jeu, que la déposition du témoin est capitale pour la poursuite et que sa crédibilité est cruciale, le risque d'une erreur judiciaire doit peser lourd dans la balance. Le juge doit évaluer tous ces facteurs et décider si les effets bénéfiques de l'obligation faite au témoin d'enlever le niqab pour témoigner sont plus importants que ses effets préjudiciables.

Une règle claire selon laquelle le témoin devrait toujours, ou ne devrait jamais, être autorisé à porter un niqab pendant son témoignage ne peut être retenue. Toujours autoriser le témoin à porter un niqab en cour n'offrirait aucune protection du droit de l'accusé à un procès équitable et de l'intérêt de l'État à maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice. Toutefois, ne jamais autoriser un témoin à porter un niqab pendant son témoignage ne respecterait pas le principe fondamental sous-tendant la *Charte* selon lequel les droits ne doivent être restreints que par une mesure dont la justification est démontrée. La nécessité de respecter les croyances religieuses sincères et de les mettre en balance avec d'autres intérêts est profondément enracinée en droit canadien.

Il convient de concilier les droits qui s'opposent au moyen d'un accommodement si possible, et si le conflit ne peut être évité, au moyen d'une pondération au cas par cas. La *Charte*, qui protège à la fois la liberté de religion et le droit à un procès équitable, n'exige rien de moins.

*Les juges LeBel et Rothstein :* Le présent pourvoi illustre les tensions et les changements que suscitent l'évolution rapide de la société canadienne contemporaine et la présence croissante au Canada de nouvelles cultures, religions, traditions et pratiques sociales. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une pure question de conflit et de conciliation entre un droit religieux et la protection du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière; le litige fait intervenir des valeurs fondamentales du système canadien de justice pénale. La *Charte* garantit expressément la liberté de religion en son al. 2a). Par contre, le droit de l'accusé à un procès équitable, son droit d'opposer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui, de bénéficier de la

convictions. Since cross-examination is a necessary tool for the exercise of the right to make full answer and defence, the consequences of restrictions on that right weigh more heavily on the accused, and the balancing process must work in his or her favour. A defence that is unduly and improperly constrained might impact on the determination of the guilt or innocence of the accused.

The Constitution requires an openness to new differences that appear within Canada, but also an acceptance of the principle that it remains connected with the roots of our contemporary democratic society. A system of open and independent courts is a core component of a democratic state, ruled by law and a fundamental Canadian value. From this broader constitutional perspective, the trial becomes an act of communication with the public at large. The public must be able to see how the justice system works. Wearing a niqab in the courtroom does not facilitate acts of communication. Rather, it shields the witness from interacting fully with the parties, their counsel, the judge and the jurors. Wearing the niqab is also incompatible with the rights of the accused, the nature of the Canadian public adversarial trials, and with the constitutional values of openness and religious neutrality in contemporary democratic, but diverse, Canada. Nor should wearing a niqab be dependent on the nature or importance of the evidence, as this would only add a new layer of complexity to the trial process. A clear rule that niqabs may not be worn at any stage of the criminal trial would be consistent with the principle of public openness of the trial process and would safeguard the integrity of that process as one of communication.

*Per Abella J. (dissenting):* The harmful effects of requiring a witness to remove her niqab, with the result that she will likely not testify, bring charges in the first place, or, if she is the accused, be unable to testify in her own defence, is a significantly more harmful consequence than the accused not being able to see a witness's whole face. Unless the witness's face is directly relevant to the case, such as where her identity is in issue, she should not be required to remove her niqab.

There is no doubt that the assessment of a witness's demeanour is easier if it is based on being able to

présomption d'innocence garantie par la Constitution et la nécessité d'éviter les déclarations de culpabilité injustifiées constituent aussi des considérations fondamentales. Puisque le contre-interrogatoire constitue un outil nécessaire à l'exercice du droit de présenter une défense pleine et entière, les restrictions de ce droit sont plus lourdes de conséquences pour l'accusé, et la mise en balance doit favoriser ce dernier. Une défense indûment et irrégulièrement restreinte risque d'avoir une incidence sur l'appréciation de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé.

La Constitution exige une ouverture aux nouvelles différences qui apparaissent au Canada, mais aussi l'acceptation du principe qu'elle reste en contact avec les racines de notre société démocratique contemporaine. Un appareil judiciaire transparent et indépendant constitue une composante essentielle d'un État démocratique fondé sur le droit et une valeur fondamentale au Canada. Dans cette perspective constitutionnelle plus large, le procès devient un acte de communication avec le grand public. Ce dernier doit être en mesure de voir comment fonctionne le système de justice. Le port du niqab dans la salle d'audience ne favorise pas les actes de communication. Le niqab soustrait le témoin à une interaction complète avec les parties, leurs avocats, le juge et les jurés. Le port du niqab est également incompatible avec les droits de l'accusé, avec la nature des procès publics contradictoires au Canada et avec la transparence et la neutralité religieuse — des valeurs constitutionnelles — dans cette démocratie contemporaine mais diversifiée qu'est le Canada. Le port du niqab ne devrait pas non plus dépendre de la nature ou de l'importance de la déposition, ce qui rendrait encore plus complexe la procédure du procès. Une interdiction claire de porter le niqab à toutes les étapes du procès criminel respecterait le principe de la publicité du procès et préserverait l'intégrité de celui-ci en tant qu'acte de communication.

*La juge Abella (dissidente) :* Les effets préjudiciables de l'imposition, à la personne appelée à témoigner, de l'obligation d'enlever son niqab, avec la conséquence qu'elle ne témoignera probablement pas, qu'elle ne portera pas d'accusation en premier lieu ou, si elle est accusée, qu'elle ne sera pas en mesure de témoigner pour sa propre défense, sont beaucoup plus importants que ceux de l'impossibilité, pour l'accusé, de voir tout le visage d'un témoin. À moins que le visage de la personne qui témoigne soit directement pertinent à l'instance, notamment lorsque son identité est en cause, cette dernière ne devrait pas être tenue d'enlever son niqab.

Il ne fait aucun doute qu'on peut évaluer plus facilement le comportement d'un témoin lorsqu'on est

scrutinize the whole demeanour package — face, body language, or voice. That, however, is different from concluding that unless the entire package is available for scrutiny, a witness's credibility cannot adequately be weighed. Courts regularly accept the testimony of witnesses whose demeanour can only be partially observed and there are many examples of courts accepting evidence from witnesses who are unable to testify under ideal circumstances because of visual, oral, or aural impediments. The use of an interpreter, for example, may well have an impact on how the witness's demeanour is understood, but it is beyond dispute that interpreters render the assessment of demeanour neither impossible nor impracticable. A witness may also have physical or medical limitations that affect a judge's or lawyer's ability to assess demeanour. A stroke may interfere with facial expressions; an illness may affect body movements; and a speech impairment may affect the manner of speaking. All of these are departures from the demeanour ideal, yet none has ever been held to disqualify the witness from giving his or her evidence on the grounds that the accused's fair trial rights are impaired. Witnesses who wear niqabs should not be treated any differently.

Since not being able to see a witness's whole face is only a partial interference with what is, in any event, only one part of an imprecise measuring tool of credibility, there is no reason to demand full "demeanour access" where religious belief prevents it. A witness wearing a niqab may still express herself through her eyes, body language, and gestures. Moreover, the niqab has no effect on the witness's verbal testimony, including the tone and inflection of her voice, the cadence of her speech, or, most significantly, the substance of the answers she gives. Defence counsel still has the opportunity to rigorously cross-examine the witness.

A witness who is not permitted to wear her niqab while testifying is prevented from being able to act in accordance with her religious beliefs. This has the effect of forcing her to choose between her religious beliefs and her ability to participate in the justice system. As a result, complainants who sincerely believe that their religion requires them to wear the niqab in public, may choose not to bring charges for crimes they allege have been committed against them, or, more generally, may resist being a witness in someone else's

à même d'en examiner l'ensemble des éléments — le visage, le langage corporel ou la voix. Cela ne revient cependant pas à conclure qu'il est impossible de bien apprécier la crédibilité d'un témoin si l'on ne peut pas observer l'ensemble des éléments de son comportement. Les tribunaux acceptent régulièrement les dépositions des témoins dont ils ne peuvent observer le comportement que partiellement et il existe nombre d'exemples où les tribunaux acceptent les dépositions de personnes qui ne peuvent témoigner dans des conditions idéales à cause d'un handicap visuel, oral ou auditif. Le recours à un interprète, par exemple, peut fort bien avoir une incidence sur l'appréciation du comportement du témoin, mais il ne fait aucun doute que les interprètes ne rendent ni impossible, ni impraticable cette appréciation. Il arrive aussi que la déficience physique ou les restrictions médicales du témoin influent sur la capacité du juge ou des avocats d'évaluer son comportement. Un accident vasculaire cérébral peut nuire à l'expression du visage; une maladie peut avoir une incidence sur les mouvements du corps; et un trouble de la parole peut influencer sur l'expression orale. Tous ces problèmes constituent des écarts par rapport aux circonstances idéales pour l'évaluation du comportement, mais aucun d'entre eux n'a été considéré comme rendant le témoin inhabile à témoigner au motif qu'ils portent atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Les personnes qui portent un niqab ne devraient pas être traitées différemment.

Puisque l'impossibilité d'observer tout le visage d'un témoin ne nuit que partiellement à ce qui constitue, de toute façon, un simple élément d'un outil imprécis d'appréciation de la crédibilité, rien ne justifie que l'on exige que tout le comportement puisse être observé dans les cas où une croyance religieuse s'y oppose. Le témoin portant un niqab peut néanmoins s'exprimer par son regard, son langage corporel et ses gestes. De plus, le niqab n'a aucune incidence sur la déposition orale du témoin, y compris le ton et l'inflexion de sa voix, le rythme de ses propos ou, plus important encore, la teneur de ses réponses. Il est toujours loisible à l'avocat de la défense de contre-interroger rigoureusement le témoin.

Une femme à qui l'on interdit de porter son niqab au cours de sa déposition ne peut pas se conformer à ses croyances religieuses. Cette situation a pour effet d'obliger un témoin à choisir entre ses croyances religieuses et sa faculté de participer au système de justice. En conséquence, les plaignantes qui croient sincèrement que leur religion les oblige à porter le niqab en public peuvent choisir de ne pas porter d'accusations contre des personnes qui auraient commis des infractions à leur endroit ou, de façon plus générale, de ne pas

trial. Where the witness is the accused, she will be unable to give evidence in her own defence. The majority's conclusion that being unable to see the witness's face is acceptable from a fair trial perspective if the evidence is "uncontested", essentially means that sexual assault complainants, whose evidence will inevitably be contested, will be forced to choose between laying a complaint and wearing a niqab, which may be no meaningful choice at all.

### Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Applied:** *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193; **referred to:** *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *R. v. Levogiannis* (1990), 1 O.R. (3d) 351, aff'd [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. J.Z.S.*, 2010 SCC 1, [2010] 1 S.C.R. 3, aff'g 2008 BCCA 401, 261 B.C.A.C. 52; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *Police v. Razamjoo*, [2005] D.C.R. 408; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828; *R. v. Hart* (1999), 174 N.S.R. (2d) 165; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Ontario Human Rights Commission v. Simpson-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235.

By LeBel J.

**Referred to:** *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *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; *Canadian Broadcasting*

accepter de témoigner au procès d'une autre personne. Si le témoin est l'accusée, elle ne sera pas en mesure de témoigner pour sa propre défense. La conclusion de la majorité que l'impossibilité de voir le visage du témoin est acceptable du point de vue de l'équité du procès si le témoignage « n'est pas contesté » force essentiellement la plaignante dans un cas d'agression sexuelle, dont le témoignage sera inévitablement contesté, à choisir entre le dépôt d'une plainte et le port du niqab, ce qui ne constitue peut-être pas du tout un véritable choix.

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêts appliqués :** *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193; **arrêts mentionnés :** *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *R. c. Levogiannis* (1990), 1 O.R. (3d) 351, conf. par [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. J.Z.S.*, 2010 CSC 1, [2010] 1 R.C.S. 3, conf. 2008 BCCA 401, 261 B.C.A.C. 52; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *Police c. Razamjoo*, [2005] D.C.R. 408; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828; *R. c. Hart* (1999), 174 N.S.R. (2d) 165; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235.

Citée par le juge LeBel

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *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; *Société Radio-Canada*

*Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480.

By Abella J. (dissenting)

*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Faryna v. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354; *R. v. Pelletier* (1995), 165 A.R. 138; *R. v. Levert* (2001), 159 C.C.C. (3d) 71; *R. v. A.F.*, 2005 ABCA 447, 376 A.R. 124; *R. v. R.S.M.*, 1999 BCCA 218 (CanLII); *R. v. Davis* (1995), 165 A.R. 243; *R. v. Chapdelaine*, 2004 ABQB 39 (CanLII); *R. v. Butt* (2008), 280 Nfld. & P.E.I.R. 129; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Levogiannis* (1990), 1 O.R. (3d) 351.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(a), 7, 11(d), 14, 27.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 486.2(1), 709, 713, 714.3, 714.4(b), 715.

#### Authors Cited

Bakht, Natasha. “Objection, Your Honour! Accommodating *Niqab*-Wearing Women in Courtrooms”, in Ralph Grillo et al., eds., *Legal Practice and Cultural Diversity*. Farnham, Surrey: Ashgate, 2009, 115.  
 Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London: Allen Lane, 2010.  
 Canadian Judicial Council. Model Jury Instructions, Part I, Preliminary Instructions, 4.11 Assessing Testimony, updated March 2011 (online: [http://www.cjc-ccm.gc.ca/english/lawyers\\_en.asp?selMenu=lawyers\\_NCJI-Jury-Instruction-Preliminary-2011-03\\_en.asp#\\_Toc287950397](http://www.cjc-ccm.gc.ca/english/lawyers_en.asp?selMenu=lawyers_NCJI-Jury-Instruction-Preliminary-2011-03_en.asp#_Toc287950397)).  
 Morrison, Barry R., Laura L. Porter and Ian H. Fraser. “The Role of Demeanour in Assessing the Credibility of Witnesses” (2007), 33 *Advocates’ Q.* 170.  
 Nussbaum, Martha C. *Liberty of Conscience: In Defense of America’s Tradition of Religious Equality*. New York: Basic Books, 2008.  
 Weinrib, Sara. “An Exemption for Sincere Believers: The Challenge of *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*” (2011), 56 *McGill L.J.* 719.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Moldaver and Sharpe

*c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Faryna c. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354; *R. c. Pelletier* (1995), 165 A.R. 138; *R. c. Levert* (2001), 159 C.C.C. (3d) 71; *R. c. A.F.*, 2005 ABCA 447, 376 A.R. 124; *R. c. R.S.M.*, 1999 BCCA 218 (CanLII); *R. c. Davis* (1995), 165 A.R. 243; *R. c. Chapdelaine*, 2004 ABQB 39 (CanLII); *R. c. Butt* (2008), 280 Nfld. & P.E.I.R. 129; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Levogiannis* (1990), 1 O.R. (3d) 351.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2a), 7, 11d), 14, 27.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486.2(1), 709, 713, 714.3, 714.4, 715.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5.

#### Doctrine et autres documents cités

Bakht, Natasha. « Objection, Your Honour! Accommodating *Niqab*-Wearing Women in Courtrooms », in Ralph Grillo et al., eds., *Legal Practice and Cultural Diversity*. Farnham, Surrey : Ashgate, 2009, 115.  
 Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London : Allen Lane, 2010.  
 Conseil canadien de la magistrature. Modèles de directives au jury, partie I, Directives préliminaires, 4.11 Évaluation de la preuve par témoin, mise à jour mars 2011 (en ligne : [http://www.cjc-ccm.gc.ca/french/lawyers\\_fr.asp?selMenu=lawyers\\_NCJI-Jury-Instruction-Preliminary-2011-03\\_fr.asp#\\_Toc289419027](http://www.cjc-ccm.gc.ca/french/lawyers_fr.asp?selMenu=lawyers_NCJI-Jury-Instruction-Preliminary-2011-03_fr.asp#_Toc289419027)).  
 Morrison, Barry R., Laura L. Porter and Ian H. Fraser. « The Role of Demeanour in Assessing the Credibility of Witnesses » (2007), 33 *Advocates’ Q.* 170.  
 Nussbaum, Martha C. *Liberty of Conscience : In Defense of America’s Tradition of Religious Equality*. New York : Basic Books, 2008.  
 Weinrib, Sara. « An Exemption for Sincere Believers : The Challenge of *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* » (2011), 56 *R.D. McGill* 719.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Moldaver et Sharpe),

J.J.A.), 2010 ONCA 670, 102 O.R. (3d) 161, 326 D.L.R. (4th) 523, 269 O.A.C. 306, 262 C.C.C. (3d) 4, 80 C.R. (6th) 84, 220 C.R.R. (2d) 146, [2010] O.J. No. 4306 (QL), 2010 CarswellOnt 7640, setting aside in part a decision of Marrocco J. (2009), 95 O.R. (3d) 735, 191 C.R.R. (2d) 228, 2009 CanLII 21203, [2009] O.J. No. 1766 (QL), 2009 CarswellOnt 2268, quashing the order of Weisman J. of the Ontario Court of Justice, dated October 16, 2008. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

*David B. Butt*, for the appellant.

*Elise Nakelsky and Benita Wassenaar*, for the respondent Her Majesty The Queen.

*Douglas Usher and Michael Dineen*, for the respondent M-d S.

No one appeared for the respondent M-l S.

Written submissions only by *Anthony D. Griffin* and *Reema Khawja*, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

*Rahool P. Agarwal, Michael Kotrly, Vasuda Sinha and Brydie Bethell*, for the intervener the Barbra Schliker Commemorative Clinic.

*Frank Addario and Emma Phillips*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Tyler Hodgson, Heather Pessione and Ewa Krajewska*, for the intervener the Muslim Canadian Congress.

Written submissions only by *Ranjan K. Agarwal* and *Daniel T. Holden*, for the intervener the South Asian Legal Clinic of Ontario.

Written submissions only by *Babak Barin* and *Sylvie Champagne*, for the intervener Barreau du Québec.

Written submissions only by *Bradley E. Berg* and *Rahat Godil*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Written submissions only by *Susan M. Chapman* and *Joanna Birenbaum*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

2010 ONCA 670, 102 O.R. (3d) 161, 326 D.L.R. (4th) 523, 269 O.A.C. 306, 262 C.C.C. (3d) 4, 80 C.R. (6th) 84, 220 C.R.R. (2d) 146, [2010] O.J. No. 4306 (QL), 2010 CarswellOnt 7640, qui a infirmé en partie une décision du juge Marrocco (2009), 95 O.R. (3d) 735, 191 C.R.R. (2d) 228, 2009 CanLII 21203, [2009] O.J. No. 1766 (QL), 2009 CarswellOnt 2268, qui a annulé l'ordonnance du juge Weisman de la Cour de justice de l'Ontario en date du 16 octobre 2008. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

*David B. Butt*, pour l'appelante.

*Elise Nakelsky et Benita Wassenaar*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

*Douglas Usher et Michael Dineen*, pour l'intimé M-d S.

Personne n'a comparu pour l'intimé M-l S.

Argumentation écrite seulement par *Anthony D. Griffin* et *Reema Khawja*, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

*Rahool P. Agarwal, Michael Kotrly, Vasuda Sinha et Brydie Bethell*, pour l'intervenante Barbra Schliker Commemorative Clinic.

*Frank Addario et Emma Phillips*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Tyler Hodgson, Heather Pessione et Ewa Krajewska*, pour l'intervenant Muslim Canadian Congress.

Argumentation écrite seulement par *Ranjan K. Agarwal* et *Daniel T. Holden*, pour l'intervenante South Asian Legal Clinic of Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Babak Barin* et *Sylvie Champagne*, pour l'intervenant le Barreau du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Bradley E. Berg* et *Rahat Godil*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Argumentation écrite seulement par *Susan M. Chapman* et *Joanna Birenbaum*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.



*Faisal Bhabha*, for the intervener the Canadian Council on American-Islamic Relations.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Fish and Cromwell JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

### I. Introduction

[1] How should the state respond to a witness whose sincerely held religious belief requires her to wear a niqab that covers her face, except for her eyes, while testifying in a criminal proceeding? One response is to say she must always remove her niqab on the ground that the courtroom is a neutral space where religion has no place. Another response is to say the justice system should respect the witness's freedom of religion and always permit her to testify with the niqab on. In my view, both of these extremes must be rejected in favour of a third option: allowing the witness to testify with her face covered unless this unjustifiably impinges on the accused's fair trial rights.

[2] A secular response that requires witnesses to park their religion at the courtroom door is inconsistent with the jurisprudence and Canadian tradition, and limits freedom of religion where no limit can be justified. On the other hand, a response that says a witness can always testify with her face covered may render a trial unfair and lead to wrongful conviction. What is required is an approach that balances the vital rights protecting freedom of religion and trial fairness when they conflict. The long-standing practice in Canadian courts is to respect and accommodate the religious convictions of witnesses, unless they pose a significant or serious risk to a fair trial. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which protects both freedom of religion and trial fairness, demands no less.

*Faisal Bhabha*, pour l'intervenant Canadian Council on American-Islamic Relations.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Fish et Cromwell rendu par

LA JUGE EN CHEF —

### I. Introduction

[1] Que devrait répondre l'État à une personne appelée à témoigner dont les croyances religieuses sincères l'obligent à porter, pendant son témoignage dans une instance criminelle, un niqab qui voile son visage, sauf les yeux? Il est possible de répondre qu'elle doit toujours enlever son niqab, puisque la salle d'audience est un espace neutre où la religion n'a pas sa place. Il est aussi possible de répondre que le système de justice devrait respecter la liberté de religion du témoin et toujours lui permettre de témoigner en portant le niqab. À mon avis, ces deux extrêmes doivent être rejetés en faveur d'une troisième solution : permettre au témoin de déposer à visage voilé à moins que cela ne porte atteinte d'une façon injustifiée au droit de l'accusé à un procès équitable.

[2] Une réponse laïque obligeant les témoins à laisser de côté leur religion à l'entrée de la salle d'audience est incompatible avec la jurisprudence et la tradition canadienne, et restreint la liberté de religion là où aucune limite n'est justifiable. Par contre, répondre que le témoin peut toujours déposer à visage voilé pourrait rendre un procès inéquitable et entraîner une déclaration de culpabilité injustifiée. Il faut plutôt adopter une démarche qui, en cas de conflit, met en équilibre les droits fondamentaux protégeant la liberté de religion et l'équité du procès. Les tribunaux canadiens ont depuis longtemps pour pratique de respecter les convictions religieuses des témoins et de s'y adapter, à moins que ces convictions ne posent un risque considérable ou sérieux pour l'équité du procès. La *Charte canadienne des droits et libertés*, qui protège à la fois la liberté de religion et le droit à un procès équitable, n'exige rien de moins.

[3] For the reasons that follow, I conclude that a witness who for sincere religious reasons wishes to wear the niqab while testifying in a criminal proceeding will be required to remove it if:

- (a) requiring the witness to remove the niqab is necessary to prevent a serious risk to the fairness of the trial, because reasonably available alternative measures will not prevent the risk; *and*
- (b) the salutary effects of requiring her to remove the niqab, including the effects on trial fairness, outweigh the deleterious effects of doing so, including the effects on freedom of religion.

## II. The Background

[4] The facts may be briefly stated. M-d S. and M-l S. stand charged with having sexually assaulted N.S. The accused are N.S.'s cousin and uncle, respectively. The prosecution called N.S. as a witness at the preliminary inquiry. N.S., who is a Muslim, wished to testify wearing her niqab. M-d S. and his co-accused, M-l S., sought an order requiring N.S. to remove her niqab when testifying. The preliminary inquiry judge held a *voir dire*, during which N.S. wore her niqab. N.S. testified that her religious belief required her to wear a niqab in public where men (other than certain close family members) might see her. She admitted that she had removed her niqab for the photo on her driver's licence, which was taken by a female photographer, and that, if required, she would remove it for a security check at a border crossing. The judge concluded that N.S.'s religious belief was "not that strong" and ordered her to remove her niqab. N.S. objected. The preliminary inquiry was adjourned. N.S. applied to the Superior Court of Justice to quash the order of the preliminary inquiry judge and to permit her to testify wearing the niqab.

[3] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la personne appelée à témoigner qui souhaite, pour des motifs religieux sincères, porter le niqab pendant son témoignage dans une instance criminelle sera obligée de l'enlever si les deux conditions suivantes sont respectées :

- a) l'obligation qui lui est faite d'enlever le niqab est nécessaire pour écarter un risque sérieux que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;
- b) les effets bénéfiques de l'obligation d'enlever le niqab, y compris ses effets sur l'équité du procès, sont plus importants que ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté de religion.

## II. Le contexte

[4] Les faits peuvent être résumés en quelques mots. M-d S. et M-l S. sont accusés d'agression sexuelle contre N.S. Les accusés sont, respectivement, le cousin et l'oncle de N.S. La poursuite a assigné N.S. à témoigner à l'enquête préliminaire. N.S., qui est musulmane, voulait témoigner en portant son niqab. M-d S. et son co-accusé M-l S. ont demandé une ordonnance obligeant N.S. à enlever son niqab pour faire sa déposition. Le juge présidant l'enquête préliminaire a tenu un voir-dire au cours duquel N.S. portait son niqab. N.S. a affirmé que sa conviction religieuse l'obligeait à porter un niqab en public, lorsque des hommes (autres que certains membres de sa famille proche) peuvent la voir. Elle a admis avoir enlevé son niqab pour la photo de son permis de conduire, qui a été prise par une femme, et qu'elle l'enlèverait aussi en cas de besoin pour un contrôle de sécurité à un poste frontalier. Le juge a conclu que la conviction religieuse de N.S. n'était [TRADUCTION] « pas tellement forte » et lui a ordonné d'enlever son niqab. N.S. s'y est opposée. L'enquête préliminaire a été ajournée. N.S. a demandé à la cour supérieure d'annuler l'ordonnance du juge présidant l'enquête préliminaire et de lui permettre de porter le niqab pendant son témoignage.

[5] At the Superior Court of Justice, Marrocco J. quashed the order that N.S. testify without her niqab ((2009), 95 O.R. (3d) 735). He held that N.S. should be allowed to testify wearing a niqab if she asserted a sincere religious reason for doing so, but that the preliminary inquiry judge would have the option to exclude her evidence if the niqab were found to have prevented true cross-examination. N.S. appealed, and M-d S. cross-appealed.

[6] The Court of Appeal, *per Doherty J.A.*, held that a judge faced with a request to testify wearing a niqab should determine whether the request was the result of a sincere religious belief, and if so, whether it impinged on the accused's fair trial rights (2010 ONCA 670, 102 O.R. (3d) 161). If the rights of the witness and accused could not be reconciled by adapting court procedures to accommodate the religious practice, the accused's fair trial interest may require that the witness be ordered to remove her niqab. This would depend on whether the credibility of the witness was in issue, how much the niqab interfered with demeanour assessment, whether the trial was a jury trial or a judge-alone trial, the stage of the proceedings, the nature of the evidence to be given (i.e. is it central or peripheral, controversial or uncontested), the nature of the defence to be advanced, and other constitutional values and societal interests. The Court of Appeal returned the matter to the preliminary inquiry judge, to be dealt with in accordance with its directives. N.S. appealed.

### III. The Issues

[7] The issue is when, if ever, a witness who wears a niqab for religious reasons can be required to remove it while testifying. Two sets of *Charter* rights are potentially engaged — the witness's freedom of religion (protected under s. 2(a)) and the accused's fair trial rights, including the right to make full answer and defence (protected under ss. 7 and 11(d)). This Court set out the framework

[5] Le juge Marrocco, de la Cour supérieure de justice, a annulé l'ordonnance enjoignant à N.S. de témoigner sans porter son niqab ((2009), 95 O.R. (3d) 735). Il a conclu que N.S. devrait pouvoir témoigner en portant un niqab si elle invoque des motifs religieux sincères à l'appui, mais que le juge présidant l'enquête préliminaire pourrait exclure son témoignage s'il estimait que le port du niqab empêcherait un véritable contre-interrogatoire. N.S. a interjeté appel de cette décision et M-d S. a formé un appel incident.

[6] Le juge Doherty de la Cour d'appel a conclu que le juge saisi d'une demande visant à permettre à une personne de témoigner en portant un niqab devrait déterminer si cette demande résulte d'une croyance religieuse sincère et, dans l'affirmative, si elle porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable (2010 ONCA 670, 102 O.R. (3d) 161). S'il est impossible de concilier les droits du témoin et ceux de l'accusé en adaptant les procédures judiciaires pour qu'elles respectent la pratique religieuse, le droit de l'accusé à un procès équitable peut exiger que la personne appelée à témoigner soit tenue d'enlever son niqab. Il faut déterminer si la crédibilité du témoin est en cause, dans quelle mesure le port du niqab entrave l'appréciation du comportement, s'il s'agit d'un procès par jury ou devant un juge seul, l'étape de l'instance, la nature du témoignage (c.-à-d. s'il s'agit d'un témoignage principal ou secondaire, controversé ou non contesté), la nature des moyens de défense invoqués, ainsi que d'autres valeurs constitutionnelles et intérêts de la société. La Cour d'appel a renvoyé l'affaire au juge présidant l'enquête préliminaire pour qu'il la tranche selon ses directives. N.S. a fait appel de cette décision.

### III. La question en litige

[7] Il s'agit de déterminer dans quel cas, s'il en est, la personne qui porte un niqab pour des motifs religieux peut être requise de l'enlever pendant son témoignage. Deux catégories de droits garantis par la *Charte* sont susceptibles d'entrer en jeu — la liberté de religion du témoin (protégée par l'al. 2a)) et le droit de l'accusé à un procès équitable, y compris le droit de présenter une défense pleine

for identifying and resolving rights conflicts that arise at common law in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. This approach was further refined in *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442. The framework was developed in the context of publication bans, but its principles have broader application.

[8] The first task under a *Dagenais/Mentuck*-type inquiry is to determine whether, in the case at hand, allowing the witness to testify in a niqab is necessary to protect her freedom of religion. The second task is to determine whether requiring the witness to testify without the niqab is necessary in order to protect the fairness of the trial. This involves considering whether there are alternative measures for protecting trial fairness that would also allow the witness to exercise her religious practice. Finally, if there is a true conflict that cannot be avoided, it is necessary to assess the competing harms and determine whether the salutary effects of requiring the witness to remove the niqab (for example, reducing the risk of a wrongful conviction) outweigh the deleterious effects of doing so (for example, the harm from interfering with the witness's sincerely held religious belief): see *Dagenais*, at p. 878; *Mentuck*, at para. 32.

[9] Applying this framework involves answering four questions:

1. Would requiring the witness to remove the niqab while testifying interfere with her religious freedom?
2. Would permitting the witness to wear the niqab while testifying create a serious risk to trial fairness?
3. Is there a way to accommodate both rights and avoid the conflict between them?
4. If no accommodation is possible, do the salutary effects of requiring the witness to remove the niqab outweigh the deleterious effects of doing so?

et entière (protégés par l'art. 7 et l'al. 11d)). Dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, la Cour a établi le cadre d'analyse permettant de cerner et de résoudre les conflits opposant des droits en common law. La démarche a été précisée dans *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442. Le cadre d'analyse a été élaboré dans le contexte des interdictions de publication, mais ses principes sont d'application plus large.

[8] La première étape de l'analyse fondée sur les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* consiste à déterminer s'il est nécessaire en l'espèce d'autoriser le témoin à déposer en portant un niqab pour protéger sa liberté de religion. La deuxième étape consiste à déterminer s'il est nécessaire d'exiger du témoin qu'elle dépose sans porter le niqab pour assurer l'équité du procès. Il faut pour cela se demander s'il existe d'autres moyens d'assurer l'équité du procès tout en permettant au témoin d'exercer sa pratique religieuse. Enfin, en présence d'un véritable conflit qui ne peut être évité, il est nécessaire d'examiner les préjudices et de déterminer si les effets bénéfiques de l'obligation faite au témoin de retirer son niqab (par exemple, atténuer le risque de déclaration de culpabilité injustifiée) sont plus importants que ses effets préjudiciables (par exemple, porter atteinte à la croyance religieuse sincère du témoin) : voir *Dagenais*, p. 878; *Mentuck*, par. 32.

[9] L'application de ce cadre d'analyse suppose que l'on réponde à quatre questions :

1. Le fait d'obliger le témoin à enlever le niqab pendant son témoignage porterait-il atteinte à sa liberté de religion?
2. Le fait d'autoriser le témoin à porter le niqab pendant son témoignage poserait-il un risque sérieux pour l'équité du procès?
3. Y a-t-il possibilité de réaliser les deux droits et d'éviter le conflit qui les oppose?
4. S'il est impossible d'éviter le conflit, les effets bénéfiques de l'obligation faite au témoin de retirer le niqab sont-ils plus importants que ses effets préjudiciables?

IV. Would Requiring the Witness to Remove the Niqab While Testifying Interfere With Her Religious Freedom?

[10] N.S. bases her claim to wear a niqab while testifying on the guarantee of freedom of religion in s. 2(a) of the *Charter*:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(a) freedom of conscience and religion;

[11] In order to rely on s. 2(a), she must show that her wish to wear the niqab in court is based on a sincere religious belief: *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551. The issue at this stage is whether N.S. *sincerely believes* that her religion requires her to wear a niqab in the presence of men who are not her relatives, including while testifying in court.

[12] The preliminary inquiry judge failed to conduct an adequate inquiry into whether N.S.'s refusal to remove her niqab was based on a sincere religious belief. Based on the fact that N.S. removed the niqab for her driver's licence photo and said she would do so for a security check, the preliminary inquiry judge seems to have concluded that her beliefs were not sufficiently "strong".

[13] This was not an appropriate determination of whether N.S. has a *prima facie* religious claim. First, the question of whether she has a claim focuses on sincerity of belief rather than its strength. While, as I will discuss, the strength of a claimant's religious belief may be relevant in balancing it against the accused's fair trial rights, the belief need only be sincere in order for it to receive protection. Second, inconsistent adherence to a religious practice may suggest lack of sincere belief, but it does not necessarily do so. A sincere believer may occasionally lapse, her beliefs may change over time or her belief may permit exceptions to the practice in particular situations. Departures from the practice in the past should also be viewed in context; a witness should not be denied the right to raise s. 2(a) merely

IV. Le fait d'obliger le témoin à enlever le niqab pendant son témoignage porterait-il atteinte à sa liberté de religion?

[10] N.S. fonde sa demande de porter un niqab pendant son témoignage sur la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte* :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

a) liberté de conscience et de religion;

[11] Pour se prévaloir de l'al. 2a), N.S. doit établir que sa volonté de porter le niqab en cour est fondée sur une croyance religieuse sincère : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551. Il s'agit, à ce stade, de déterminer si N.S. *croit sincèrement* que sa religion l'oblige à porter un niqab en présence d'hommes qui ne sont pas des membres de sa famille, et notamment pendant son témoignage.

[12] Le juge président l'enquête préliminaire n'a pas examiné adéquatement la question de savoir si le refus de N.S. d'enlever son niqab était fondé sur une croyance religieuse sincère. Vu qu'elle a enlevé le niqab pour la photo de son permis de conduire et affirmé qu'elle le ferait aussi pour un contrôle de sécurité, le juge président l'enquête préliminaire semble avoir conclu que la croyance religieuse de N.S. n'était pas assez [TRADUCTION] « forte ».

[13] Ce n'était pas là une façon appropriée de statuer sur la question de savoir si N.S. a établi *prima facie* un droit religieux. Premièrement, la question de savoir si elle a un droit porte sur la sincérité de la croyance plutôt que sur sa force. Comme je l'expliquerai plus loin, bien que la force d'une croyance religieuse du demandeur puisse être pertinente à l'étape de la mise en balance de cette croyance avec le droit de l'accusé à un procès équitable, il suffit que la croyance soit sincère pour conclure qu'elle est protégée. Deuxièmement, l'observance irrégulière d'une pratique religieuse peut laisser croire à l'absence d'une croyance sincère, mais ce n'est pas nécessairement le cas. Il est possible qu'un croyant sincère s'écarte à l'occasion de la pratique, que ses convictions changent au fil du temps ou

because she has made what seemed to be a compromise in the past in order to participate in some facet of society. The preliminary inquiry judge did not explore these possibilities. I therefore agree with the Court of Appeal that the matter must be returned to the preliminary inquiry judge for full consideration of whether N.S.'s desire to wear a niqab is based on sincere religious belief.

[14] The balance of my reasons proceeds on the assumption that N.S. has established a sincere religious belief that she must wear a niqab while testifying in a public criminal proceeding. In such circumstances, can the judge order that the niqab be removed on the basis that it will adversely affect the accused's fair trial interests?

V. Would Permitting the Witness to Wear the Niqab While Testifying Create a Serious Risk to Trial Fairness?

[15] M-d S. submits that permitting N.S. to wear the niqab while testifying would infringe his fair trial rights. Both ss. 7 and 11(d) of the *Charter* protect an accused's right to a fair trial and to make full answer and defence. Section 11(d) of the *Charter* states:

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

The right to a fair trial in s. 11(d) encompasses a right to make full answer and defence: *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 69. More broadly, s. 7

que ses convictions permettent des exceptions à la pratique dans des cas particuliers. Les écarts antérieurs à la pratique devraient aussi être examinés dans leur contexte; un témoin ne devrait pas être privé du droit d'invoquer l'al. 2a) simplement parce qu'il a fait ce qui semblait être un compromis dans le passé pour participer à un aspect de la vie en société. Le juge président l'enquête préliminaire n'a pas examiné ces possibilités. Je conviens donc avec la Cour d'appel qu'il faut renvoyer l'affaire au juge président l'enquête préliminaire pour qu'il procède à un examen complet de la question de savoir si la volonté de N.S. de porter un niqab est fondée sur une croyance religieuse sincère.

[14] Je tiens pour acquis, dans le reste de mes motifs, que N.S. a établi l'existence d'une croyance religieuse sincère qu'elle est tenue de porter le niqab lors du témoignage présenté au cours d'une instance criminelle publique. Dans de telles circonstances, le juge peut-il ordonner que le niqab soit enlevé au motif que son port nuirait au droit de l'accusé à un procès équitable?

V. Le fait d'autoriser le témoin à porter le niqab pendant son témoignage poserait-il un risque sérieux pour l'équité du procès?

[15] M-d S. plaide que le fait de permettre à N.S. de porter le niqab pendant son témoignage porterait atteinte à son droit à un procès équitable. L'article 7 et l'al. 11d) de la *Charte* protègent le droit de l'accusé à un procès équitable et son droit de présenter une défense pleine et entière. L'alinéa 11d) de la *Charte* prévoit ce qui suit :

11. Tout inculpé a le droit :

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Le droit à un procès équitable englobe un droit de présenter une défense pleine et entière : *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 69. De manière

of the *Charter* provides that a person cannot be deprived of his liberty except “in accordance with the principles of fundamental justice”. Those principles include the right to a fair trial and to make full answer and defence. The principles of fundamental justice in s. 7 and the requirements of s. 11(d) are “inextricably intertwined”: *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, at para. 95, citing *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 603.

[16] M-d S. argues that allowing N.S. to testify with her face covered by a niqab denies his fair trial rights in two ways: first, by preventing effective cross-examination; and second, by interfering with the ability of the trier of fact (judge or jury) to assess N.S.’s credibility.

[17] We have no expert evidence in this case on the importance of seeing a witness’s face to effective cross-examination and accurate assessment of a witness’s credibility. All we have are arguments and several legal and social science articles submitted by the parties as authorities.

[18] M-d S. and the Crown argue that the link is clear. Communication involves not only words, but facial cues. A facial gesture may reveal uncertainty or deception. The cross-examiner may pick up on non-verbal cues and use them to uncover the truth. Credibility assessment is equally dependent not only on what a witness says, but on how she says it. Effective cross-examination and accurate credibility assessment are central to a fair trial. It follows, they argue, that permitting a witness to wear a niqab while testifying may deny an accused’s fair trial rights.

[19] N.S. and supporting interveners, on the other hand, argue that the importance of seeing a witness’s face has been greatly exaggerated. They submit that untrained individuals cannot use facial expressions to detect deception. Moreover, to the

plus générale, l’art. 7 de la *Charte* prévoit qu’il ne peut être porté atteinte au droit à la liberté qu’en « conformité avec les principes de justice fondamentale ». Parmi ces principes, il y a le droit à un procès équitable et le droit de présenter une défense pleine et entière. Les principes de justice fondamentale à l’art. 7 et les exigences de l’al. 11d) sont « inextricablement liés » : *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, par. 95, citant *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 603.

[16] M-d S. plaide que le fait d’autoriser N.S. à déposer à visage voilé par un niqab le prive de son droit à un procès équitable de deux façons : premièrement, en empêchant la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire efficace et, deuxièmement, en faisant obstacle à la capacité du juge des faits (juge ou jury) d’apprécier la crédibilité de N.S.

[17] En l’espèce, aucun expert n’a témoigné au sujet de l’importance de voir le visage du témoin pour la contre-interroger efficacement et apprécier exactement sa crédibilité. Tout ce dont nous disposons, ce sont des arguments ainsi que plusieurs articles juridiques et de sciences sociales que les parties ont présentés à l’appui.

[18] M-d S. et le ministère public affirment que le lien est clair. La communication fait intervenir non seulement des mots, mais aussi l’expression du visage, qui peut être révélatrice d’incertitude ou de tromperie. Le contre-interrogateur peut déceler des signes non verbaux et s’en servir pour découvrir la vérité. L’appréciation de la crédibilité est tributaire des propos du témoin, mais elle l’est tout autant de la façon dont il les tient. Le contre-interrogatoire efficace et l’appréciation exacte de la crédibilité sont essentiels à la tenue d’un procès équitable. Il s’ensuit, selon M-d. S. et le ministère public, que le fait de permettre à la personne appelée à témoigner de porter un niqab pendant son témoignage risque de priver l’accusé du droit à un procès équitable.

[19] N.S. et les intervenants qui l’appuient soutiennent, par contre, que l’importance qu’il y a à voir le visage du témoin a été grandement exagérée. Selon eux, les personnes n’ayant aucune formation en la matière ne peuvent pas déceler la tromperie

extent that non-verbal cues are useful at all, a niqab-wearing witness's eyes, tone of voice and cadence of speech remain available to the cross-examiner and trier of fact.

[20] The record sheds little light on the question of whether seeing a witness's face is important to effective cross-examination and credibility assessment and hence to trial fairness. The only evidence in the record is a four-page unpublished review article suggesting that untrained individuals cannot accurately detect lies based on the speaker's facial cues. This material was not tendered through an expert available for cross-examination. Intervenors have submitted articles arguing for and against a connection, but they are not part of the record and not supported by expert witnesses, and so are more rhetorical than factual.

[21] This much, however, can be said. The common law, supported by provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and judicial pronouncements, proceeds on the basis that the ability to see a witness's face is an important feature of a fair trial. While not conclusive, in the absence of negating evidence this common law assumption cannot be disregarded lightly.

[22] As a general rule, witnesses in common law criminal courts are required to testify in open court, with their faces visible to counsel, the judge and the jury. Face-to-face confrontation is the norm, although not an independent constitutional right: *R. v. Levogiannis* (1990), 1 O.R. (3d) 351 (C.A.), at pp. 366-67, aff'd [1993] 4 S.C.R. 475. To be sure, long-standing assumptions of the common law can be displaced, if shown to be erroneous or based on groundless prejudice — thus the reforms to eliminate the many myths that once skewed the law of sexual assault. But the record before us has not shown the long-standing assumptions of the common law regarding the importance of a witness's facial expressions to cross-examination and

dans l'expression du visage. De plus, à supposer que les signes non verbaux soient d'une utilité quelconque, le contre-interrogateur et le juge des faits peuvent toujours voir le regard du témoin qui porte un niqab, et entendre le ton et l'inflection de sa voix.

[20] Le dossier jette peu de lumière sur la question de savoir si le fait de voir le visage du témoin contribue de façon importante à l'efficacité du contre-interrogatoire et à l'appréciation de la crédibilité et, partant, à l'équité du procès. Le seul élément de preuve au dossier à ce sujet est un article non publié de quatre pages selon lequel les personnes n'ayant aucune formation en la matière ne peuvent déceler avec exactitude le mensonge dans l'expression du visage de l'interlocuteur. Le document n'a pas été attesté par un expert qui aurait pu être contre-interrogé. Les intervenants ont présenté des articles qui font état de l'existence ou de l'inexistence d'un lien, mais ces articles ne font pas partie du dossier et ne sont pas étayés par des témoins experts. Ils participent donc davantage de la rhétorique que des faits.

[21] On peut toutefois se permettre d'affirmer que la common law, à laquelle s'ajoutent les dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et la jurisprudence, part du principe que la possibilité de voir le visage du témoin constitue une caractéristique importante d'un procès équitable. Bien qu'elle ne soit pas concluante, en l'absence d'une preuve contraire, cette présomption de la common law ne peut être écartée à la légère.

[22] En règle générale, dans les cours de common law de juridiction criminelle, les témoins sont tenus de déposer en audience publique et d'exposer leur visage au regard des avocats, du juge et du jury. La confrontation de l'accusé avec les témoins est la norme même s'il ne s'agit pas d'un droit constitutionnel indépendant : *R. c. Levogiannis* (1990), 1 O.R. (3d) 351 (C.A.), p. 366-367, conf. par [1993] 4 R.C.S. 475. Certes, les présomptions de longue date de la common law peuvent être réfutées s'il est établi qu'elles sont erronées ou qu'elles reposent sur des préjugés sans fondement — d'où les réformes visant l'élimination des nombreux mythes ayant faussé auparavant le droit applicable en matière d'agression sexuelle. Cependant, le dossier qui nous a été



credibility assessment to be unfounded or erroneous.

[23] In recent years, Parliament and this Court have confirmed the common law assumption that the accused, the judge and the jury should be able to see the witness as she testifies. To protect child witnesses from trauma, Parliament has passed legislation permitting children to testify via closed-circuit television or from behind a screen so that they cannot see the accused: *Criminal Code*, s. 486.2(1). This Court has upheld these testimonial aids, relying on the fact that they do not prevent the accused from seeing the witness: *R. v. J.Z.S.*, 2010 SCC 1, [2010] 1 S.C.R. 3, aff'g 2008 BCCA 401, 261 B.C.A.C. 52. Before a witness is permitted to testify by audio link, the *Criminal Code* expressly requires that the judge consider “any potential prejudice to either of the parties caused by the fact that the witness would not be seen by them”: ss. 714.3(d) and 714.4(b). This, too, suggests that not seeing a witness’s face during testimony may limit the fairness of a trial.

[24] Covering the face of a witness may impede cross-examination: see C.A. reasons, at para. 54. Effective cross-examination is integral to the conduct of a fair trial and a meaningful application of the presumption of innocence: see *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 663-65; *Mills*, at para. 69. Unwarranted constraints may undermine the fairness of the trial:

... the right of an accused to cross-examine witnesses for the prosecution — without significant and unwarranted constraint — is an essential component of the right to make full answer and defence. [Emphasis added.]

(*R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193, at para. 2)

Non-verbal communication can provide the cross-examiner with valuable insights that may uncover

présenté ne démontre pas l’absence de fondement ou le caractère erroné des présomptions de longue date de la common law quant à l’importance que revêt l’expression du visage du témoin pour le contre-interrogatoire du témoin et l’appréciation de sa crédibilité.

[23] Au cours des dernières années, le législateur et la Cour ont confirmé la présomption de common law selon laquelle l’accusé, le juge et le jury devraient être en mesure de voir le visage du témoin lors de son témoignage. Pour protéger contre les traumatismes les enfants qui témoignent, le législateur a adopté des dispositions permettant aux enfants de témoigner au moyen d’un système de télévision en circuit fermé ou derrière un écran de manière à ce qu’ils ne puissent pas voir l’accusé : *Code criminel*, par. 486.2(1). Notre Cour a confirmé la validité de ces dispositifs d’aide au témoignage du fait qu’ils n’empêchent pas l’accusé de voir le témoin : *R. c. J.Z.S.*, 2010 CSC 1, [2010] 1 R.C.S. 3, conf. 2008 BCCA 401, 261 B.C.A.C. 52. Le *Code criminel* prévoit expressément que, avant d’autoriser un témoin à déposer à l’aide d’un dispositif de retransmission de la voix, le juge tient compte du « risque d’effet préjudiciable à une partie en raison de l’impossibilité de le voir » : art. 714.3 et 714.4. Cela aussi donne à penser que le défaut de voir le visage du témoin lors de son témoignage peut limiter l’équité du procès.

[24] Le témoignage présenté à visage voilé peut faire obstacle au contre-interrogatoire : voir les motifs de la cour d’appel, par. 54. Un contre-interrogatoire efficace est indispensable à la tenue d’un procès équitable et à l’application utile de la présomption d’innocence : voir *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 663-665; *Mills*, par. 69. Les entraves injustifiées peuvent miner l’équité du procès :

... le droit de l’accusé de contre-interroger les témoins à charge — sans se voir imposer d’entraves importantes et injustifiées — est un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière. [Je souligne.]

(*R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193, par. 2)

La communication non verbale peut donner au contre-interrogateur de précieux indices

uncertainty or deception, and assist in getting at the truth.

[25] Covering a witness's face may also impede credibility assessment by the trier of fact, be it judge or jury. It is a settled axiom of appellate review that deference should be shown to the trier of fact on issues of credibility because trial judges (and juries) have the "overwhelming advantage" of seeing and hearing the witness — an advantage that a written transcript cannot replicate: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 24; see also *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268, at p. 272; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 131. This advantage is described as stemming from the ability to assess the demeanour of the witness, that is, to *see* how the witness gives her evidence and responds to cross-examination.

[26] Changes in a witness's demeanour can be highly instructive; in *Police v. Razamjoo*, [2005] D.C.R. 408, a New Zealand judge asked to decide whether witnesses could testify wearing burkas commented:

... there are types of situations ... in which the demeanour of a witness undergoes a quite dramatic change in the course of his evidence. The look which says "I hoped not to be asked that question", sometimes even a look of downright hatred at counsel by a witness who obviously senses he is getting trapped, can be expressive. So too can abrupt changes in mode of speaking, facial expression or body language. The witness who moves from expressing himself calmly to an excited gabble; the witness who from speaking clearly with good eye contact becomes hesitant and starts looking at his feet; the witness who at a particular point becomes flustered and sweaty, all provide examples of circumstances which, despite cultural and language barriers, convey, at least in part by his facial expression, a message touching credibility. [para. 78]

[27] On the record before us, I conclude that there is a strong connection between the ability to see the face of a witness and a fair trial. Being able to see the face of a witness is not the only — or indeed perhaps the most important — factor in

susceptibles de révéler l'incertitude ou la tromperie, et l'aider à découvrir la vérité.

[25] Le fait que la personne témoigne à visage voilé peut également empêcher le juge des faits, qu'il s'agisse du juge ou du jury, d'apprécier la crédibilité du témoin. Selon un principe bien établi du contrôle en appel, il convient de faire montre de déférence envers le juge des faits pour ce qui est des questions de crédibilité en raison de l'« énorme avantage » qu'ont les juges (et les jurés) de voir et d'entendre les témoins au procès — un avantage que la transcription des témoignages ne peut pas offrir : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 24; voir également *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268, p. 272; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, p. 131. On affirme que cet avantage découle de la possibilité d'évaluer le comportement du témoin, c'est-à-dire de *voir* la façon dont il témoigne et réagit au contre-interrogatoire.

[26] Les changements dans le comportement du témoin peuvent s'avérer fort révélateurs; dans *Police c. Razamjoo*, [2005] D.C.R. 408, un juge de la Nouvelle-Zélande appelé à décider si les témoins pouvaient déposer en portant des burkas a fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION] ... il existe des cas [...] où le comportement du témoin change radicalement au cours de sa déposition. Le regard qui dit « j'espérais ne pas avoir à répondre à cette question », parfois même un regard de pure haine porté sur l'avocat par un témoin qui a manifestement l'impression d'être pris au piège, peuvent être expressifs. Cela vaut également pour les changements brusques dans l'élocution, l'expression du visage ou le langage corporel. Le témoin qui passe d'une élocution calme au bafouillage nerveux; le témoin qui, au départ, parlait clairement et regardait son interlocuteur droit dans les yeux et qui commence à hésiter et à regarder ses pieds; le témoin qui, à un moment donné, devient nerveux et commence à transpirer, voilà autant d'exemples de situations où, malgré les obstacles culturels et linguistiques, le témoin transmet, du moins en partie par l'expression de son visage, un message concernant sa crédibilité. [par. 78]

[27] Au vu du dossier qui nous est présenté, je conclus qu'il existe un lien étroit entre la possibilité de voir le visage du témoin et la tenue d'un procès équitable. La possibilité de voir le visage du témoin n'est pas le seul — et probablement pas le

cross-examination or accurate credibility assessment. But its importance is too deeply rooted in our criminal justice system to be set aside absent compelling evidence.

[28] However, whether the ability to observe a witness's face impacts trial fairness in any particular case will depend on the evidence that the witness is to provide. Where evidence is uncontested, credibility assessment and cross-examination are not in issue; therefore, being unable to see the witness's face will not impinge on the accused's fair trial rights; as *Dagenais* notes, the risk to trial fairness must be "real and substantial" (p. 878), or in other words, the risk must be a serious one (*Mentuck*, at para. 34).

[29] If wearing the niqab poses no serious risk to trial fairness, a witness who wishes to wear it for sincere religious reasons may do so.

#### VI. Is There a Way to Accommodate Both Rights and Avoid the Conflict Between Them?

[30] If both freedom of religion and trial fairness are engaged on the facts, the question is how a judge should reconcile these rights.

[31] The answer to this question lies in the *Dagenais/Mentuck* approach and the jurisprudence of this Court. The answer is not to ban religion from the courtroom, transforming the courtroom into a "neutral" space where witnesses must park their religious convictions at the door. Nor does it lie in ignoring the ancient and persistent connection the law has postulated between seeing a witness's face and trial fairness, and holding that a witness may always wear her niqab while testifying. Rather, the answer lies in a just and proportionate balance between freedom of religion on the one hand, and trial fairness on the other, based on the particular case before the Court.

plus important — facteur à prendre en considération dans le contexte du contre-interrogatoire ou de l'appréciation exacte de la crédibilité. Toutefois, son importance est trop enracinée dans notre système de justice pénale pour qu'on l'écarte en l'absence d'une preuve convaincante.

[28] Toutefois, la question de savoir si la possibilité d'observer le visage d'un témoin a une incidence sur l'équité du procès dans chaque cas en particulier dépendra de la déposition que doit faire le témoin. Si son témoignage n'est pas contesté, l'appréciation de sa crédibilité ainsi que l'efficacité du contre-interrogatoire ne seront pas en cause; par conséquent, l'impossibilité de voir le visage du témoin ne portera pas atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Comme il est mentionné dans *Dagenais*, le risque pour l'équité du procès doit être « réel et important » (p. 878) ou, autrement dit, le risque doit être sérieux (*Mentuck*, par. 34).

[29] Si le port du niqab ne présente pas de risque sérieux pour l'équité du procès, le témoin qui souhaite le porter pour des motifs religieux sincères peut le faire.

#### VI. Y a-t-il possibilité de réaliser les deux droits et d'éviter le conflit qui les oppose?

[30] Si, en raison des faits en cause, la liberté de religion et l'équité du procès entrent en jeu, il s'agit de savoir comment le juge devrait concilier ces droits.

[31] La réponse à cette question se trouve dans la démarche établie dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* ainsi que la jurisprudence de notre Cour. La solution ne consiste pas à exclure la religion de la salle d'audience, à transformer celle-ci en un espace « neutre » où les témoins doivent laisser de côté leurs convictions religieuses. La solution ne consiste pas non plus à faire abstraction du lien ancien et persistant établi en droit entre le fait de voir le visage du témoin et l'équité du procès, et à conclure que le témoin peut toujours porter son niqab lors de sa déposition. La solution consiste plutôt à trouver un équilibre juste et proportionnel entre la liberté de religion, d'une part, et l'équité du procès, d'autre part, eu égard à l'affaire particulière dont la Cour est saisie.

[32] Under the *Dagenais/Mentuck* framework, once a judge is satisfied that both sets of competing interests are actually engaged on the facts, he or she must try to resolve the claims in a way that will preserve both rights. *Dagenais* refers to this as the requirement to consider whether “reasonably available alternative measures” would avoid the conflict altogether (p. 878). We also call this “accommodation”. We find a way to go forward that satisfies each right and each party. Both rights are respected, and the conflict is averted.

[33] When the matter returns to the preliminary inquiry judge, the parties should be able to place before the court evidence relating to possible options for accommodation of the potentially conflicting claims. This is the first step in the reconciliation process. The question is whether there is a reasonably available alternative that would conform to the witness’s religious convictions while still preventing a serious risk to trial fairness. On the facts of this case, it may be that no accommodation is possible; excluding men from the courtroom would have implications for the open court principle, the right of the accused to be present at his trial, and potentially his right to counsel of his choice. Testifying without the niqab via closed-circuit television or behind a one-way screen may not satisfy N.S.’s religious obligations. However, when this case is reheard, the preliminary inquiry judge must consider the possibility of accommodation based on the evidence presented by the parties.

VII. Do the Salutory Effects of Requiring the Witness to Remove the Niqab Outweigh the Deleterious Effects of Doing So?

[34] If there is no reasonably available alternative that would avoid a serious risk to trial fairness while conforming to the witness’s religious belief, the analysis moves to the next step in the *Dagenais/Mentuck* framework. The question is whether the salutary effects of requiring the witness to remove

[32] Selon le cadre établi dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*, lorsque le juge est convaincu qu’en raison des faits en cause, les deux ensembles de droits concurrents entrent effectivement en jeu, il doit essayer de résoudre le litige de manière à préserver ces deux droits. *Dagenais* indique qu’il faut alors se demander s’il existe « d’autres mesures raisonnables » qui permettent d’éviter complètement le conflit (p. 878). C’est ce que nous appelons aussi un « accommodement ». Nous trouvons une solution qui respecte chacun des droits et convient à chacune des parties. Les deux droits sont respectés, et le conflit écarté.

[33] Lorsque l’affaire sera renvoyée devant le juge président l’enquête préliminaire, les parties devraient être en mesure de lui présenter des éléments de preuve relatifs à diverses possibilités d’accommodement des droits susceptibles de s’opposer. Il s’agit de la première étape du processus de conciliation. La question est de savoir si une autre solution raisonnable permettrait de respecter les convictions religieuses du témoin tout en prévenant un risque sérieux pour l’équité du procès. Vu les faits de l’espèce, il se peut qu’aucun accommodement ne soit possible; l’exclusion des hommes de la salle d’audience aurait des répercussions sur le principe de la publicité des débats judiciaires, sur le droit de l’accusé d’assister à son procès, et peut-être sur son droit à l’assistance de l’avocat de son choix. Il se peut qu’une déposition faite à visage découvert au moyen d’un système de télévision en circuit fermé ou derrière un écran déroge aux obligations religieuses de N.S. Cependant, à la nouvelle audience, le juge président l’enquête préliminaire doit envisager des possibilités d’accommodement en fonction de la preuve présentée par les parties.

VII. Les effets bénéfiques de l’obligation faite au témoin de retirer le niqab sont-ils plus importants que ses effets préjudiciables?

[34] En l’absence d’autre solution raisonnable permettant d’éviter le risque sérieux pour l’équité du procès tout en respectant les croyances religieuses du témoin, on passe à l’étape suivante de l’analyse décrite dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*. La question est de savoir si les effets bénéfiques

the niqab, including the effects on trial fairness, outweigh the deleterious effects of doing so, including the effects on freedom of religion (*Dagenais*, at p. 878; *Mentuck*, at para. 32).

[35] As *Dagenais* makes clear, this is a proportionality inquiry, akin to the final part of the test in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The effect of insisting that the witness remove the niqab if she is to testify must be weighed against the effect of permitting her to wear the niqab on the stand.

[36] In terms of the deleterious effects of requiring the witness to remove her niqab while testifying, the judge must look at the harm that would be done by limiting the sincerely held religious practice. Sincerity of belief is already established at the first step of determining whether the s. 2(a) right is engaged; at this stage the task is to evaluate the impact of failing to protect that sincere belief in the particular context. It is difficult to measure the value of adherence to religious conviction, or the injury caused by being required to depart from it. The value of adherence does not depend on whether a religious practice is a voluntary expression of faith or a mandatory obligation under religious doctrine: *Amselem*, at para. 47. However, certain considerations may be helpful. How important is the practice to the claimant? What is the degree of state interference with the religious practice? (See *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at paras. 89-95.) How does the actual situation in the courtroom — the people present and any measures that can be put in place to limit facial exposure — affect the harm to the claimant of limiting her religious practice? These are but some considerations that may be relevant to determining the impact of an order to remove the niqab on the witness's right to freedom of religion.

de l'obligation faite au témoin de retirer le niqab, y compris ses effets sur l'équité du procès, sont plus importants que ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté de religion (*Dagenais*, p. 878; *Mentuck*, par. 32).

[35] Comme il ressort clairement de l'arrêt *Dagenais*, il s'agit d'une analyse de la proportionnalité qui s'apparente au dernier volet du critère de l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Il faut mettre en balance l'effet de l'insistance auprès du témoin pour qu'elle enlève le niqab pour témoigner, d'une part, et l'effet de l'autorisation de porter le niqab pendant le témoignage, d'autre part.

[36] Pour ce qui est des effets préjudiciables de l'obligation faite au témoin de retirer le niqab pendant son témoignage, le juge doit examiner le préjudice causé par la restriction de la pratique religieuse sincère. La sincérité de la croyance religieuse a déjà été établie à la première étape consistant à déterminer si le droit garanti par l'al. 2a) entre en jeu; à la présente étape, il s'agit d'évaluer les répercussions de l'omission de protéger cette croyance sincère dans le contexte particulier. Il est difficile de mesurer la valeur de l'observance d'une conviction religieuse ou le préjudice causé par l'obligation de s'en écarter. La valeur de l'observance ne change pas selon que la pratique religieuse constitue une manifestation volontaire de sa foi ou une obligation impérative issue de la doctrine religieuse : *Amselem*, par. 47. Toutefois, il peut être utile de tenir compte de certaines considérations. Quelle importance la personne accorde-t-elle à sa pratique religieuse? Dans quelle mesure l'État intervient-il dans la pratique religieuse? (Voir *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 89-95.) En quoi la situation dans la salle d'audience — les personnes présentes et les mesures qui peuvent être mises en place pour limiter la visibilité du visage — atténue-t-elle le préjudice causé à la personne par l'atteinte à sa pratique religieuse? Ce ne sont là que quelques-unes des considérations qui peuvent être pertinentes pour déterminer l'effet qu'une ordonnance enjoignant au témoin d'enlever son niqab aurait sur le droit à la liberté de religion de ce témoin.

[37] The judge should also consider the broader societal harms of requiring a witness to remove the niqab in order to testify. N.S. and supporting interveners argue that if niqab-wearing women are required to remove the niqab while testifying against their sincere religious belief they will be reluctant to report offences and pursue their prosecution, or to otherwise participate in the justice system. The wrongs done to them will remain unredressed. They will effectively be denied justice. The perpetrators of crimes against them will go unpunished, immune from legal consequences. These considerations may be especially weighty in a sexual assault case such as this one. In recent decades the justice system, recognizing the seriousness of sexual assault and the extent to which it is under-reported, has vigorously pursued those who commit this crime. Laws have been changed to encourage women and children to come forward to testify. Myths that once stood in the way of conviction have been set aside.

[38] Having considered the deleterious effects of requiring the witness to remove the niqab, the judge must also consider the salutary effects of doing so. These include preventing harm to the fair trial interest of the accused and safeguarding the repute of the administration of justice. An important consideration will be the extent to which effective cross-examination and credibility assessment on this witness's testimony is central to the case. On an individual level, the cost of an unfair trial is severe. The right to a fair trial is a fundamental pillar without which the edifice of the rule of law would crumble. No less is at stake than an individual's liberty — his right to live in freedom unless the state proves beyond a reasonable doubt that he committed a crime meriting imprisonment. This is of critical importance not only to the individual on trial, but to public confidence in the justice system.

[37] Le juge devrait également prendre en considération l'ensemble des préjudices que causerait à la société l'obligation faite à la personne d'enlever le niqab pour témoigner. Selon N.S. et les intervenants qui l'appuient, si les femmes qui portent le niqab sont obligées de l'enlever pendant leur témoignage au mépris de leur croyance religieuse sincère, elles hésiteront à signaler une infraction et à intenter une poursuite, ou à participer autrement au système de justice. Elles resteront sans recours pour les torts qui leur ont été causés. Elles n'obtiendront effectivement pas justice. Les auteurs des crimes commis à leur égard resteront impunis, à l'abri des conséquences juridiques. Ces considérations peuvent peser particulièrement lourd dans le cas d'une agression sexuelle comme en l'espèce. Reconnaissant la gravité de l'agression sexuelle et la mesure dans laquelle ce crime est peu signalé, les acteurs du système de justice ont poursuivi activement les auteurs de ces crimes au cours des dernières décennies. On a modifié les lois afin d'encourager les femmes et les enfants à témoigner. Les mythes qui faisaient autrefois obstacle à la déclaration de culpabilité ont été dissipés.

[38] Après avoir examiné les effets préjudiciables que causerait l'obligation d'enlever le niqab pour témoigner, le juge doit également en considérer les effets bénéfiques. Ces derniers incluent la prévention de l'atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable et la préservation de la considération dont jouit l'administration de la justice. Une considération importante consistera à déterminer la mesure dans laquelle l'efficacité du contre-interrogatoire du témoin et l'appréciation de la crédibilité de son témoignage est cruciale dans l'affaire. Sur le plan individuel, les conséquences d'un procès inéquitable sont graves. Le droit à un procès équitable est un pilier essentiel sans lequel l'institution de la primauté du droit s'effondrerait. C'est la liberté d'une personne qui est jeu, rien de moins — son droit de vivre en liberté, à moins que l'État ne prouve, hors de tout doute raisonnable, qu'elle a commis un crime justifiant l'emprisonnement. Ce principe revêt une importance cruciale non seulement pour la personne traduite en justice, mais aussi pour la confiance du public dans le système de justice.

[39] The nature of the proceeding may also be a relevant factor in assessing the harm to the fair trial interest of the accused if the witness is permitted to testify wearing the niqab: see *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at para. 36. For example, determining whether evidence is admissible on a *voir dire* might not raise the same concerns for getting at the truth through cross-examination and credibility assessment as would determining a central factual element of the Crown's case.

[40] The Court of Appeal suggested that the fair trial interest might be attenuated at the preliminary inquiry stage, where the judge is not tasked with making credibility findings: *R. v. Arcuri*, 2001 SCC 54, [2001] 2 S.C.R. 828, at para. 32. This may be questioned, however, given that evidence taken on a preliminary inquiry is subject to cross-examination and can be read in as part of the record at trial: s. 715, *Criminal Code*. Moreover, one of the purposes of a preliminary inquiry is to permit defence counsel to probe the strength of the Crown's case by cross-examining its witnesses. Permitting the witness to wear a niqab at the preliminary inquiry might hamper fulfillment of that purpose.

[41] The Court of Appeal suggested that harm to the fair trial interest might be less significant in a trial before a judge alone than before a judge and jury. Where a judge is the trier of fact, she would have the benefit of observing the witness at two points: first during the *voir dire* on the witness's religious freedom claim, and second when the witness gives testimony and is cross-examined. As the Court of Appeal stated:

[The] judge during the inquiry into the witness's religious freedom claim may well develop a sense of the extent to which the wearing of the niqab will affect that judge's ability to make a proper assessment of the witness. The judge could properly take that impression into account in deciding how best to reconcile the witness's right to freedom of religion with the accused's right to full cross-examination. [para. 76]

[39] La nature de l'instance peut également être un facteur pertinent pour apprécier le préjudice au droit de l'accusé à un procès équitable si l'on permet au témoin de porter le niqab pendant qu'elle fait sa déposition : voir *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, par. 36. Par exemple, le fait de déterminer si un élément de preuve est admissible lors d'un voir-dire ne soulève peut-être pas, pour ce qui est de découvrir la vérité au moyen du contre-interrogatoire et d'apprécier la crédibilité, les mêmes préoccupations que soulèverait le fait d'établir un élément factuel central de la preuve du ministère public.

[40] Selon la Cour d'appel, le droit à un procès équitable pourrait avoir moins d'importance au stade de l'enquête préliminaire, où le juge n'a pas à tirer des conclusions relatives à la crédibilité : *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828, par. 32. Il est toutefois possible de mettre en doute cette affirmation, car la preuve recueillie à l'enquête préliminaire fait l'objet d'un contre-interrogatoire et peut être versée au dossier au procès : *Code criminel*, art. 715. De plus, l'enquête préliminaire vise notamment à permettre à l'avocat de la défense d'évaluer la solidité de la preuve du ministère public en contre-interrogeant ses témoins. Autoriser le témoin à porter le niqab à l'enquête préliminaire risque d'entraver la réalisation de cet objectif.

[41] La Cour d'appel a indiqué que le préjudice au droit à un procès équitable serait moins grave dans le cas d'un procès devant un juge seul que dans celui d'un procès devant juge et jury. Le juge seul aurait l'avantage d'observer le témoin à deux occasions : d'abord au cours du voir-dire relatif à la liberté de religion revendiquée par le témoin, et ensuite lors de la déposition et du contre-interrogatoire du témoin. Comme l'a affirmé la Cour d'appel :

[TRADUCTION] . . . au cours de l'examen portant sur la liberté de religion revendiquée par le témoin, le juge peut fort bien apprécier la mesure dans laquelle le port du niqab influera sur sa capacité d'évaluer correctement le témoin. Le juge peut à juste titre tenir compte de cette impression pour décider de la meilleure façon de concilier le droit du témoin à la liberté de religion et le droit de l'accusé à un contre-interrogatoire complet. [par. 76]

This said, judges must guard against over-confident predictions that they will be able to make sound credibility assessments, or that the inability to see the witness's face will not affect cross-examination, on the basis of a preliminary impression of a person whose face they cannot see.

[42] The Court of Appeal also suggested that, in a trial by jury, the harm of being unable to see the witness's face might be offset by a curative instruction to the jury. However, a note of caution is in order. A curative instruction is hardly a remedy for deficient cross-examination or impaired credibility assessment resulting from an inability to see the witness's face.

[43] Another factor to consider is the nature of the evidence to be given by the witness. The Court of Appeal observed that if the witness's "evidence is relatively peripheral, or if it is clear that the witness's credibility will not be an issue, arguments that the removal of the niqab is essential to permit cross-examination become weak" (para. 77). As already discussed above, if the witness's evidence is uncontested, the accused's trial fairness interests are not put at risk by the witness wearing a niqab. However, even when trial fairness is engaged, the importance of the evidence may bear on the judge's assessment of the risk posed by the witness's face being concealed. As *Cromwell J.A.* (as he then was) commented in *R. v. Hart* (1999), 174 N.S.R. (2d) 165 (C.A.):

The trial judge should consider the importance of the evidence to the case. The more important the evidence to the prosecution's case, the more reluctant the trial judge should be to allow it to be given without full cross-examination. [para. 104]

[44] These are but some of the factors that may be relevant to determining whether the party seeking removal of the niqab has established that the salutary effects of doing so outweigh the deleterious effects. Future cases will doubtless raise other factors, and scientific exploration of the importance of seeing a witness's face to cross-examination and

Cela dit, les juges doivent se garder de surestimer leur capacité de bien apprécier la crédibilité d'un témoin ou de croire que l'impossibilité de voir le visage du témoin n'aura pas d'incidence sur le contre-interrogatoire, sur la base de la première impression qu'ils se font d'une personne dont ils ne peuvent voir le visage.

[42] La Cour d'appel a également indiqué que, dans un procès avec jury, il est possible de neutraliser le préjudice causé par l'impossibilité de voir le visage du témoin en donnant une directive correctrice au jury. Toutefois, une mise en garde s'impose. Une directive correctrice ne permet guère de remédier à un contre-interrogatoire lacunaire ou à une appréciation de la crédibilité qui aurait été entravée par l'impossibilité de voir le visage du témoin.

[43] Il faut aussi tenir compte de la nature du témoignage que doit fournir la personne appelée à témoigner. La Cour d'appel a fait remarquer que si [TRADUCTION] « sa déposition [du témoin] est relativement accessoire, ou s'il est évident que la crédibilité du témoin ne sera pas en litige, la prétention selon laquelle l'enlèvement du niqab est essentiel à la possibilité de contre-interroger le témoin s'affaiblit » (par. 77). Comme nous l'avons déjà vu, si le témoignage n'est pas contesté, le droit de l'accusé à un procès équitable n'est pas menacé du fait que le témoin porte un niqab. Cependant, même lorsque l'équité du procès est en jeu, l'importance du témoignage pourrait influencer sur l'appréciation que se fait le juge du risque posé par la dissimulation du visage du témoin. Comme l'a fait remarquer le juge *Cromwell* (maintenant juge de notre Cour) dans *R. c. Hart* (1999), 174 N.S.R. (2d) 165 (C.A.) :

[TRADUCTION] Le juge de première instance devrait tenir compte de l'importance du témoignage pour la preuve à charge. Plus le témoignage est important pour la preuve à charge, plus le juge de première instance doit être réticent à l'accepter sans que le témoin ne fasse l'objet d'un contre-interrogatoire complet. [par. 104]

[44] Ce sont là quelques-uns des facteurs susceptibles d'être pertinents pour décider si la partie qui demande que le témoin enlève son niqab pour témoigner a établi que les effets bénéfiques de cette obligation sont plus importants que ses effets préjudiciables. D'autres facteurs seront sans aucun doute relevés à l'avenir dans d'autres instances, et



credibility assessment may enhance or diminish the force of the arguments made in this case. At this point, however, it may be ventured that where the liberty of the accused is at stake, the witness's evidence is central to the case and her credibility vital, the possibility of a wrongful conviction must weigh heavily in the balance, favouring removal of the niqab.

[45] The judge must assess all these factors and determine whether, in the case at hand, the salutary effects of requiring the witness to remove the niqab outweigh the deleterious effects of doing so.

#### VIII. The Alternatives

[46] I have proposed that courts should deal with the conflict between rights in cases such as this by finding a just and appropriate balance between freedom of religion on the one hand and fair trial rights on the other. The result is that where a niqab is worn because of a sincerely held religious belief, a judge should order it removed if the witness wearing the niqab poses a serious risk to trial fairness, there is no way to accommodate both rights, and the salutary effects of requiring the witness to remove the niqab outweigh the deleterious effects of doing so. This approach follows the path this Court has taken in cases where rights conflict: *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pp. 978-79 and 986-87; *Dagenais*, at p. 878; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 2.

[47] Some of the submissions before us, however, argue against a contextual balancing and in favour of a clear rule. Some argue that a witness should always be permitted to wear a niqab in court, while others argue that she should never be permitted to cover her face in court. In my respectful view, while both positions offer the advantage of a clear rule, neither can be sustained.

les études scientifiques sur l'importance de voir le visage du témoin en contre-interrogatoire et pour l'appréciation de sa crédibilité peuvent accroître ou diminuer la solidité des arguments présentés en l'espèce. À ce point-ci toutefois, on peut dire que lorsque la liberté de l'accusé est en jeu, que la déposition du témoin est capitale pour la poursuite et que sa crédibilité est cruciale, le risque d'une erreur judiciaire doit peser lourd dans la balance, ce qui favorise l'enlèvement du niqab.

[45] Le juge doit évaluer tous ces facteurs et décider si, dans l'affaire qui l'occupe, les effets bénéfiques de l'obligation faite au témoin d'enlever le niqab pour témoigner sont plus importants que ses effets préjudiciables.

#### VIII. Les solutions de rechange

[46] J'ai proposé que, dans les affaires comme celle en l'espèce, les tribunaux devraient traiter du conflit entre les droits en trouvant un équilibre juste et approprié entre la liberté de religion et le droit à un procès équitable. Il s'ensuit que, si la personne appelée à témoigner porte le niqab en raison d'une croyance religieuse sincère, le juge devrait lui ordonner de l'enlever si le fait de le porter pose un risque sérieux d'atteinte au droit à un procès équitable, s'il n'y a aucune mesure permettant d'éviter le conflit entre les deux droits et si les effets bénéfiques de l'obligation faite au témoin d'enlever le niqab sont plus importants que ses effets préjudiciables. Cette approche suit la voie empruntée par la Cour dans les cas où il y a conflit entre des droits : *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 978-979 et 986-987; *Dagenais*, p. 878; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 2.

[47] Toutefois, certains des arguments qui nous ont été soumis militent contre une pondération contextuelle et plaident en faveur d'une règle claire. D'aucuns soutiennent que le témoin devrait toujours être autorisé à porter un niqab en cour, alors que d'autres plaident que le témoin ne devrait jamais être autorisé à voiler son visage en cour. Avec égards, bien que les deux positions offrent l'avantage d'une règle claire, ni l'une ni l'autre ne peut être retenue.

[48] I turn first to the position that a witness should always be permitted to wear a niqab in court. The basic problem with this solution is that it offers no protection for the accused's fair trial interest and the state's correlative interest in avoiding wrongful convictions and maintaining public confidence in the administration of justice. Proponents of this position, including a number of interveners, responded by saying the niqab has little or no impact on cross-examination and credibility assessment, and hence does not impinge on the accused's right to, and the state's interest in, a fundamentally fair trial. This response, as discussed, flies in the face of assumptions deeply embedded in common law criminal practice and the *Criminal Code*, as well as the accepted judicial view that seeing the face of a witness assists in credibility assessment and is important to a fair trial.

[49] In the absence of evidence showing that these beliefs, backed by centuries of practice, are unsubstantiated "myths" that should be excised from the law, we should not take such a radical step. It follows that the view that witnesses can never be ordered to remove the niqab cannot be accepted. The *Dagenais/Mentuck* approach of finding a just balance between the conflicting rights is not displaced.

[50] At the other end of the spectrum lies the approach that says the courtroom must be a space in which individuals' particular religious convictions have no place. On this view, if the niqab is an expression of the wearer's religious views, it has no place in the courtroom. Courtrooms should be "neutral" spaces, operating on "neutral" principles. Changes of procedure on religious grounds should therefore not be allowed, it is argued.

[51] In my view, this option must also be rejected. It is inconsistent with Canadian jurisprudence, courtroom practice, and our tradition of requiring

[48] J'examine d'abord la position selon laquelle le témoin devrait toujours être autorisé à porter un niqab en cour. Le problème fondamental que pose cette solution réside dans l'absence de protection du droit de l'accusé à un procès équitable et de l'intérêt corrélatif de l'État à éviter une déclaration de culpabilité injustifiée et à maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice. Les tenants de cette position, dont plusieurs intervenants, ont répondu que le port du niqab a peu ou pas d'incidence sur le contre-interrogatoire et l'appréciation de la crédibilité, et qu'il ne porte donc pas atteinte au droit de l'accusé — ni à l'intérêt de l'État — à un procès fondamentalement équitable. Comme je l'ai déjà mentionné, cette réponse va à l'encontre des présomptions profondément enracinées dans la pratique criminelle en common law et dans le *Code criminel*, ainsi que de l'opinion judiciaire acceptée selon laquelle le fait de voir le visage du témoin aide à en apprécier la crédibilité et est importante pour la tenue d'un procès équitable.

[49] En l'absence d'éléments de preuve indiquant que ces convictions, confirmées par plusieurs siècles de pratique, sont des « mythes » sans fondement qui devraient être exclus du droit, nous ne devrions pas adopter une mesure si radicale. Par conséquent, on ne saurait retenir l'opinion que le témoin ne peut jamais être tenu d'enlever le niqab. L'approche préconisée dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*, laquelle consiste à trouver le juste équilibre entre les droits contradictoires, n'est pas écartée.

[50] À l'autre extrémité de l'éventail se trouve la thèse selon laquelle la salle d'audience doit constituer un espace où les convictions religieuses particulières d'une personne n'ont pas leur place. Selon cette thèse, si le niqab est une manifestation des opinions religieuses de la personne qui le porte, il n'a pas sa place en salle d'audience. La salle d'audience devrait constituer un espace « neutre » régi par des principes « neutres ». On fait valoir que les changements de procédure fondés sur des motifs religieux ne devraient donc pas être permis.

[51] À mon avis, cette solution doit également être rejetée. Elle est incompatible avec la jurisprudence canadienne, la pratique adoptée en salle

state institutions and actors to accommodate sincerely held religious beliefs insofar as possible. Importantly, it limits religious rights where there is no countervailing right and hence no reason to limit them. As such, it fails the proportionality test which has guided *Charter* jurisprudence since *Oakes* in 1986.

[52] First, as already discussed, our jurisprudence teaches that clashes between rights should be approached by reconciling the rights through accommodation if possible, and in the end, if a conflict cannot be avoided, by case-by-case balancing: *Dagenais*. An absolute rule that courtrooms are secular spaces where religious belief plays no role would stand as a unique exception to this approach. No attempt to accommodate the witness's sincere religious belief would need to be made. No effort to minimize the intrusion on the right would need to be considered. The reconciliation between competing rights that we have advocated case after case would not be attempted. Why? Simply because the venue where the rights clash is a courtroom.

[53] Second, to remove religion from the courtroom is not in the Canadian tradition. Canadians have since the country's inception taken oaths based on holy books — be they the Bible, the Koran or some other sacred text. The practice has been to respect religious traditions insofar as this is possible without risking trial fairness or causing undue disruption in the proceedings. The *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, now permits a witness to affirm instead of taking a religious oath, but it does not remove the option of the oath from the courtroom.

[54] Third, the Canadian approach in the last 60 years to potential conflicts between freedom of religion and other values has been to respect the individual's religious belief and accommodate it

d'audience et notre tradition d'exiger des institutions et des représentants de l'État qu'ils respectent dans la mesure du possible les croyances religieuses sincères. Fait important, cette opinion restreint les droits religieux en l'absence d'un droit opposé qui prévaut et, partant, sans raison de les restreindre. Par conséquent, cette opinion ne satisfait pas au critère de la proportionnalité qui guide la jurisprudence relative à la *Charte* depuis l'arrêt *Oakes* de 1986.

[52] Premièrement, comme nous l'avons vu, notre jurisprudence nous enseigne que, en cas de conflit entre des droits, il convient de concilier ceux-ci au moyen d'un accommodement si possible, et à la fin, si le conflit ne peut être évité, au moyen d'une pondération au cas par cas : *Dagenais*. Une règle absolue portant que la salle d'audience est un espace laïc où les croyances religieuses n'ont pas leur place constituerait l'unique exception à cette approche. Il ne serait pas nécessaire de tenter de respecter la croyance religieuse sincère du témoin. Aucune mesure visant à atténuer l'atteinte portée au droit n'aurait à être envisagée. On ne tenterait pas de concilier les droits qui s'opposent, la solution que nous avons constamment préconisée dans notre jurisprudence. Pourquoi? Tout simplement parce que la salle d'audience est le lieu où les droits entrent en conflit.

[53] Deuxièmement, exclure la religion de la salle d'audience est étranger à la tradition canadienne. Depuis que le Canada existe, les Canadiens prêtent serment sur des livres saints — que ce soit la Bible, le Coran ou un autre texte sacré. Ils ont pour pratique de respecter les traditions religieuses dans la mesure du possible sans risquer de porter atteinte à l'équité du procès ou de perturber indûment les procédures. La *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, permet à présent à un témoin de faire une affirmation solennelle plutôt que de prêter un serment de nature religieuse, mais elle n'exclut pas la possibilité de prêter serment en salle d'audience.

[54] Troisièmement, la démarche retenue au Canada depuis 60 ans pour régler les conflits susceptibles d'opposer la liberté de religion à d'autres valeurs consiste à respecter la conviction religieuse

if at all possible. Employers have been required to adapt workplace practices to accommodate employees' religious beliefs: *Ontario Human Rights Commission v. Simpson-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 555; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525, at pp. 551-52; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970, at p. 982. Schools, cities, legislatures and other institutions have followed the same path: *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, at pp. 327-29; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 336-37; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 782; *Amselem*, at para. 103; *Multani*, at para. 2. The need to accommodate and balance sincerely held religious beliefs against other interests is deeply entrenched in Canadian law. For over half a century this tradition has served us well. To depart from it would set the law down a new road, with unknown twists and turns.

[55] Most recently, in *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235, Justice Deschamps wrote of the ideal of “neutrality” in the law:

... following a realistic and non-absolutist approach, state neutrality is assured when the state neither favours nor hinders any particular religious belief, that is, when it shows respect for all postures towards religion, including that of having no religious beliefs whatsoever, while taking into account the competing constitutional rights of the individuals affected. [para. 32]

[56] This brings me to the final reason for rejecting an approach that would never allow a witness to testify while wearing a religious facial covering. It does not comport with the fundamental premise underlying the *Charter* that rights should be limited only to the extent that the limits are shown to be justifiable. This principle is set out in s. 1 of the *Charter*, in relation to laws — laws that limit the rights guaranteed by the *Charter* are invalid to the extent that the limit is not reasonably justified in a free and democratic society. A total ban

de l'intéressé et à trouver des mesures d'accommodement dans la mesure du possible. On a demandé aux employeurs de modifier les pratiques en milieu de travail afin de respecter les croyances religieuses des employés : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 555; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, p. 551-552; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, p. 982. Les écoles, les villes, les législatures et d'autres institutions ont fait de même : *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, p. 327-329; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336-337; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 782; *Amselem*, par. 103; *Multani*, par. 2. La nécessité de respecter les croyances religieuses sincères et de les mettre en balance avec d'autres intérêts est profondément enracinée en droit canadien. Cette tradition nous sert bien depuis plus d'un demi-siècle. S'en écarter aurait pour effet d'engager le droit dans une nouvelle voie parsemée de virages et de détours inconnus.

[55] Tout récemment, dans *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, la juge Deschamps a écrit ce qui suit au sujet de l'idéal de « neutralité » en droit :

... suivant une approche réaliste et non absolutiste, la neutralité de l'État est assurée lorsque celui-ci ne favorise ni ne défavorise aucune conviction religieuse; en d'autres termes, lorsqu'il respecte toutes les positions à l'égard de la religion, y compris celle de n'en avoir aucune, tout en prenant en considération les droits constitutionnels concurrents des personnes affectées. [par. 32]

[56] Cela m'amène à la dernière raison de rejeter une règle qui ne permettrait jamais au témoin de déposer en portant un voile religieux qui couvre le visage. Cette règle ne respecte pas le principe fondamental sous-tendant la *Charte* selon lequel les droits ne doivent être restreints que par une mesure dont la justification est démontrée. Ce principe est énoncé à l'article premier de la *Charte* relativement aux règles de droit : les règles de droit qui limitent les droits garantis par la *Charte* sont invalides dans la mesure où la limite n'est pas raisonnablement

on religious face coverings for all evidence given by all witnesses in the courtroom would mean that freedom of religion is being limited in situations where there is no good reason for the limit. As discussed above, uncontested and uncontroversial evidence does not engage the fair trial interest. A total ban that would permit the state to intrude on freedom of religion where it cannot be justified is not consistent with the premise on which the *Charter* is based — a generous approach to defining the scope of the rights it confers, coupled with the need to justify intrusions on those rights because of conflicting interests or the public good.

#### IX. Conclusion

[57] I would dismiss the appeal. The matter should be remitted to the preliminary inquiry judge to be decided in accordance with these reasons.

The reasons of LeBel and Rothstein JJ. were delivered by

LEBEL J. —

#### I. Introduction

[58] The Chief Justice proposes to dismiss the appeal of N.S. I agree with her conclusion. However, she crafts a rule that would allow witnesses to wear niqabs in certain circumstances. I have reservations about her approach and will propose a different rule. I will add some observations about the important issues raised by this appeal in respect of some of the principles informing and governing the Constitution of Canada and the application of its criminal law. But I will not restate the facts of the appeal. I will be content to rely on their exposition in the Chief Justice's reasons, except where I find it necessary to add a few details to their presentation.

[59] Once again, this appeal signals the difficulties attendant on the trial of charges of sexual

justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'interdiction absolue de porter un voile religieux dissimulant le visage pendant tout témoignage présenté en salle d'audience aurait pour effet de restreindre la liberté de religion dans des cas où aucun motif valable n'en justifie la restriction. Comme je l'ai expliqué précédemment, le témoignage non contesté et non controversé ne met pas en jeu le droit à un procès équitable. L'interdiction absolue qui permettrait à l'État d'empiéter sans justification sur la liberté de religion n'est pas conforme à la prémisse sur laquelle repose la *Charte* : une définition libérale de la portée des droits qu'elle confère, conjuguée à l'exigence de justifier les atteintes à ces droits qui peuvent survenir en raison des intérêts contradictoires ou du bien public.

#### IX. Conclusion

[57] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. L'affaire doit être renvoyée au juge président l'enquête préliminaire pour qu'il la tranche conformément aux présents motifs.

Version française des motifs des juges LeBel et Rothstein rendus par

LE JUGE LEBEL —

#### I. Introduction

[58] La Juge en chef propose de rejeter le pourvoi de N.S. Je souscris à sa conclusion. Elle formule toutefois une règle qui autoriserait les témoins à porter le niqab dans certaines situations. J'entretiens des réserves au sujet de sa démarche et j'en proposerai une différente. J'ajouterai donc quelques observations au sujet des questions importantes que soulève cet appel relativement à certains principes qui sous-tendent et régissent la Constitution canadienne et l'application de notre droit criminel. Je m'en remets aux faits tels qu'ils sont exposés dans les motifs de la Juge en chef sans les répéter, sauf si j'estime nécessaire de les préciser.

[59] Une fois de plus, ce pourvoi fait ressortir les difficultés que pose l'instruction des accusations

assault and related offences, particularly in the context of the life of a family. As we will see, however, there is more to this case. This appeal also illustrates the tension and changes caused by the rapid evolution of contemporary Canadian society and by the growing presence in Canada of new cultures, religions, traditions and social practices. Now, this Court must decide how to frame the relationship — or clash — between the affirmation of a religious right by a victim of sexual assault and the right of the accused to conduct his defence or, rather, to make full answer and defence to the charges against him. The complainant says that her Islamic faith requires her to wear a full-face veil, the niqab, in public, in court. The accused responds that the complainant must remove her veil, particularly when she gives evidence or is cross-examined, in order to protect his right to a fair trial and to make full answer and defence. The Court of Appeal tried to reconcile the conflicting claims. At the end of a long and carefully crafted judgment, it found that N.S. would have to remove her veil, if that became necessary, in order to allow the defence to conduct an effective cross-examination (2010 ONCA 670, 102 O.R. (3d) 161). It did not clearly decide whether wearing a niqab is compatible with the nature of a public adversarial trial in the courts of Canada and with the principles that govern such a trial under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the criminal law and the common law.

[60] The Court of Appeal and the complainant treated the issue in this case as purely one of conflict and reconciliation between a religious right and the protection of the right of the accused to make full answer and defence. This clash arises, but the equation involves other factors. The case engages basic values of the Canadian criminal justice system. Is the wearing of the niqab compatible not only with the rights of the accused, but also with the constitutional values of openness and religious neutrality in contemporary democratic, but diverse, Canada?

d'agression sexuelle et d'infractions connexes, particulièrement dans le contexte du cercle familial. Nous constatons que le présent pourvoi ne se résume pas à cela : il illustre également les tensions et les changements que suscitent l'évolution rapide de la société canadienne contemporaine et la présence croissante au Canada de nouvelles cultures, religions, traditions et pratiques sociales. Notre Cour doit maintenant déterminer la façon de cerner le rapport — ou le conflit — entre l'affirmation d'un droit religieux par la victime d'une agression sexuelle et le droit d'un accusé de présenter sa défense ou, plutôt, d'opposer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui. Selon la plaignante, sa foi islamique exige qu'elle porte en public, devant le tribunal, le niqab, un voile qui recouvre entièrement son visage. L'accusé réplique que, pour protéger ses droits à un procès équitable et à une défense pleine et entière, la plaignante doit enlever son voile, en particulier lorsqu'elle témoigne ou subit un contre-interrogatoire. La Cour d'appel a tenté de concilier ces prétentions contradictoires. À la fin d'un long jugement soigneusement élaboré, elle a conclu que N.S. serait tenue d'enlever son voile, si cela s'avère nécessaire, afin de permettre à la défense de mener un contre-interrogatoire efficace (2010 ONCA 670, 102 O.R. (3d) 161). Elle n'a pas indiqué clairement si le port du niqab était compatible avec la nature d'un procès contradictoire public devant un tribunal canadien et avec les principes qui régissent le procès sous le régime de la *Charte canadienne des droits et libertés*, du droit criminel et de la common law.

[60] La Cour d'appel et la plaignante ont considéré qu'il s'agissait en l'espèce d'une pure question de conflit et de conciliation entre un droit religieux et la protection du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce conflit surgit, mais d'autres facteurs entrent en ligne de compte. L'affaire fait intervenir des valeurs fondamentales du système canadien de justice pénale. Le port du niqab est-il compatible non seulement avec les droits de l'accusée, mais aussi avec la transparence et la neutralité religieuse — des valeurs constitutionnelles — dans cette démocratie contemporaine mais diversifiée qu'est le Canada?

[61] Exploring this aspect of the case may lead to further questions about the meaning of multiculturalism in our democratic environment. I will first consider the conflict between the religious rights claimed by the appellant and the rights of an accused facing criminal charges. I will then briefly reflect on the values of the Canadian justice system and on their relevance to the resolution of the issues before this Court.

## II. Conflict Between Religious Rights and the Criminal Justice Process

[62] Freedom of religion is a fundamental right. It often goes to the core identity of human beings. The *Charter* protects it in express words in s. 2(a). But fundamental too are the rights of the accused to make full answer and defence to the charges brought against him and to benefit from the presumption of innocence. The right to cross-examine is considered to be part of the constitutional right to make full answer and defence. But it is not unlimited (*R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858, at paras. 27-28; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475). Religious rights are not unlimited either (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567).

[63] In the instant case, this Court must resolve a conflict between two protected constitutional rights within the framework established by the constitutional system. It is not a question of reconciling a constitutional right, the guarantee of freedom of religion, with a mere common law right, the right to cross-examine a witness, the complainant. As found in the jurisprudence, the right to cross-examine is a component of the constitutional right of the accused to make full answer and defence to the charges against him or her.

[64] Indeed, the reasons of the Chief Justice recognize the importance of the right of cross-examination as a tool to ensure the effectiveness of the right of the accused to make full answer and defence. It tests the witness. Many

[61] L'examen de cet aspect de l'affaire peut introduire d'autres interrogations sur le sens du multiculturalisme dans notre environnement démocratique. Je vais d'abord examiner le conflit entre les droits religieux invoqués par l'appelante et les droits de la personne qui fait l'objet de poursuites criminelles. J'aborderai ensuite brièvement les valeurs du système canadien de justice pénale et la pertinence qu'elles revêtent pour le règlement des questions soumises à notre Cour.

## II. Le conflit entre les droits religieux et le processus de justice pénale

[62] La liberté de religion est un droit fondamental. Elle touche souvent au cœur de l'identité de chaque être humain. La *Charte* garantit expressément cette liberté en son al. 2a). Par contre, les droits de l'accusé d'opposer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui et de bénéficier de la présomption d'innocence constituent eux aussi des droits fondamentaux. Le droit au contre-interrogatoire est considéré comme un élément du droit constitutionnel à une défense pleine et entière, mais il n'est pas absolu (*R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, par. 27-28; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475). Les droits religieux ne sont pas absolus non plus (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567).

[63] En l'espèce, notre Cour doit résoudre un conflit entre deux droits garantis par la Constitution à l'intérieur du cadre établi par le régime constitutionnel. Il ne s'agit pas de concilier un droit garanti par la Constitution, la liberté de religion, et un simple droit reconnu en common law, celui de contre-interroger un témoin, en l'occurrence la plaignante. Selon la jurisprudence, le droit au contre-interrogatoire constitue une composante du droit — garanti par la Constitution à l'accusé — d'opposer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui.

[64] Certes, la Juge en chef reconnaît dans ses motifs l'importance que revêt le droit au contre-interrogatoire comme outil permettant d'assurer l'efficacité du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le contre-interrogatoire

cross-examinations fail or, in the end, actually assist the prosecution. Some succeed, on occasion brilliantly. Like the Chief Justice, I think that allowing participants to observe the face of a witness during cross-examination is an important part in the exercise of the right of the accused to defend himself against criminal charges, and that the appellant has failed to show that this view is wrong.

[65] I do not cast doubt on the sincerity of the appellant's religious beliefs. I do not doubt that the environment of a criminal trial is hardly congenial or comfortable for the witnesses or the parties, particularly in cases involving matters such as sexual assaults, even sexual assaults within the family circle, as in this case. Lawyers and judges get used in their lives to the courtroom environment. As judges, we may forget how new, strange or intimidating it may prove to be for those who do not live their lives in the law.

[66] Parliament and courts have put processes in place designed to protect young persons and victims of crimes like sexual assault during a criminal trial. They are available to all those who belong to the classes of persons that are deemed to be in need of protection in the course of a trial. Nevertheless, despite these safeguards, the courtroom environment can be traumatic for many litigants and witnesses.

[67] But the Canadian criminal trial process remains faithful in its core aspects to an adversarial model. This process developed in the common law. Some of its features are now part of the constitutional order. The accused, who is the target of the process, may himself be going through a painful and traumatic experience from the time of the criminal investigation to the arrest, the laying of charges and the wait for a trial date in open court. Indeed, he is the target of a process established to satisfy the public interest in the pursuit and punishment of crime. Nevertheless the criminal process itself is also designed to ensure that the accused is given a

met le témoin à l'épreuve. Bien des contre-interrogatoires ne donnent aucun résultat ou, au bout du compte, servent en fait la cause de la poursuite. Certains portent fruit, parfois de manière brillante. À l'instar de la Juge en chef, j'estime que permettre d'observer le visage d'un témoin lors de son contre-interrogatoire représente un élément important dans l'exercice, par l'accusé, de son droit de se défendre contre des accusations criminelles, et que l'appelante n'a pas démontré l'inexactitude de ce point de vue.

[65] Je ne mets pas en doute la sincérité des croyances religieuses de l'appelante. Je ne doute pas que le cadre d'un procès criminel ne semble guère agréable ou réconfortant pour les témoins ou les parties, surtout lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'agressions sexuelles, même celles commises à l'intérieur du cercle familial. Les avocats et les juges s'habituent à l'environnement de la salle d'audience. Les juges oublient peut-être à quel point il peut paraître étrange ou intimidant pour les personnes qui ne font pas du droit une carrière.

[66] Le législateur et les tribunaux ont mis en place des mécanismes visant à protéger, au cours d'un procès criminel, les jeunes ou les victimes d'actes criminels comme l'agression sexuelle. Tous les membres de groupes réputés avoir besoin de protection durant un procès peuvent se prévaloir de ces mécanismes. Pourtant, malgré ces mesures de protection, l'environnement des salles d'audience peut traumatiser un bon nombre de parties et de témoins.

[67] Au Canada toutefois, le processus du procès pénal demeure essentiellement fidèle, dans ses aspects principaux, au modèle accusatoire. Ce processus s'est développé en common law. Certains de ses éléments font désormais partie de l'ordre constitutionnel. Il arrive que l'accusé — la personne visée par ce processus — subisse lui-même une expérience pénible et traumatisante durant l'enquête criminelle, l'arrestation, le dépôt des accusations et l'attente d'un procès public. De fait, il est l'objet d'une procédure établie pour satisfaire l'intérêt public à poursuivre et punir les criminels. Néanmoins, le processus pénal lui-même vise



fair trial, to safeguard the constitutional presumption of innocence and, hopefully, to avert wrongful convictions. The adversarial model is based on interaction between the prosecution, the plaintiff, counsel for the parties, witnesses and, finally, the judge and, where applicable, the jurors. This model of justice imposes a significant personal burden on witnesses and parties. This burden cannot be lifted entirely. The price might very well be reading the most basic rights of the accused out of the criminal law and of the *Charter*.

[68] In this context, it would be possible to expound at length on the theme of the reconciliation of rights. But the Court is, first of all, tasked with resolving a problem of balancing of rights, which both enjoy constitutional protection. I agree, in this respect, with the reasons of the Chief Justice that, when the issue involves the credibility of a key witness in respect of the core questions raised by a charge, the rights of the accused must be protected. Since cross-examination is a necessary tool for the exercise of the right to make full answer and defence, the consequences of restrictions on the rights in question weigh more heavily on the accused, and the balancing process works in his favour. A defence that is unduly and improperly constrained might impact on the determination of his guilt or innocence. As a result, the witness, the complainant in this case, must be asked to remove her veil while giving evidence at the preliminary inquiry and at trial.

### III. The Niqab — Some Practical Aspects of the Conduct of the Trial

[69] But this does not mean that I agree with the solution the Chief Justice proposes to the problem of a witness wearing a niqab while testifying. In her view, whether a witness will be allowed to wear a niqab would depend on the nature or the importance of the evidence. The application of these criteria looks highly problematic. First, their application could trigger new motions, and possibly another type of “*voir dire*” that would add a new layer of complexity to a trial process that is not

également à garantir à l'accusé un procès équitable, à préserver la présomption d'innocence inscrite dans la Constitution et, espérons-le, à éviter les déclarations de culpabilité injustifiées. Le modèle du procès contradictoire repose sur l'interaction entre la poursuite, le plaignant, les avocats des parties, les témoins et, enfin, le juge et, s'il y a lieu, les jurés. Ce modèle de justice impose aux témoins et aux intéressés un lourd fardeau personnel dont on ne peut les délester entièrement. S'il en était autrement, le prix à payer pourrait fort bien être la suppression des droits les plus fondamentaux de l'accusé en droit criminel et dans la *Charte*.

[68] Dans ce contexte, il serait possible de développer longuement le thème de conciliation des droits. Mais la Cour doit avant tout résoudre un problème d'équilibre entre deux droits protégés par la Constitution. À cet égard, je suis d'accord avec la Juge en chef pour dire que les droits de l'accusé doivent être protégés lorsque le litige porte sur la crédibilité d'un témoin clé relativement aux principales questions que pose une accusation. Puisque le contre-interrogatoire constitue un outil nécessaire à l'exercice du droit de présenter une défense pleine et entière, la restriction de ces droits est plus lourde de conséquences pour l'accusé, et la mise en balance favorise ce dernier. Une défense indûment et irrégulièrement restreinte risque d'avoir une incidence sur l'appréciation de sa culpabilité ou de son innocence. Il faut donc demander au témoin, la plaignante en l'espèce, d'enlever son voile lorsqu'elle témoigne à l'enquête préliminaire et au procès.

### III. Le niqab — certains aspects pratiques du déroulement du procès

[69] Toutefois, je ne souscris pas pour autant à la solution que propose la Juge en chef au problème du port du niqab par un témoin durant sa déposition. De l'avis de la Juge en chef, la nature ou l'importance de la déposition déterminera si le témoin pourra ou non porter le niqab. L'application de tels critères semble très problématique. Premièrement, leur application pourrait engendrer la présentation de nouvelles requêtes et, peut-être, un autre type de « voir-dire » qui rendrait encore plus complexe

always a model of simplicity. We should not forget that a trial is itself a dynamic chain of events. It can often be difficult to foresee which evidence might be considered non-contentious or important at a specific point in a trial. The solution may vary at different stages of a trial, and also with what is known about the evidence. What looked unchallengeable one day might appear slightly dicey a week later. Given the nature of the trial process itself, the niqab should be allowed either in all cases or not at all when a witness testifies. In my opinion, a clear rule should be chosen. Because of its impact on the rights of the defence, in the context of the underlying values of the Canadian justice system, the wearing of a niqab should not be allowed.

#### IV. Values of the Canadian Criminal Justice System

[70] A few years ago, Abella J. wrote some words of caution about the need to respect differences, but at the same time to preserve common values of Canadian society:

Endorsed in legal instruments ranging from the statutory protections found in human rights codes to their constitutional enshrinement in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the right to integrate into Canada's mainstream based on and notwithstanding these differences has become a defining part of our national character.

The right to have differences protected, however, does not mean that those differences are always hegemonic. Not all differences are compatible with Canada's fundamental values and, accordingly, not all barriers to their expression are arbitrary.

(*Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607, at paras. 1-2)

[71] Those common values are the ones that allowed Canada to develop and live as a diverse society. They preserve a public space where all will be welcome as they are, but where some core common values will facilitate the interaction between all members of society. In his seminal opinion on the

la procédure du procès, qui n'est pas toujours un modèle de simplicité. Il ne faut pas oublier qu'un procès constitue en soi un enchaînement dynamique d'événements. Il peut souvent s'avérer difficile de savoir à l'avance quel témoignage peut être jugé non litigieux ou important à un stade précis du procès. La réponse peut varier à différentes étapes du procès et selon la connaissance que l'on a de la preuve. Un élément de preuve qui semblait incontestable un jour peut paraître quelque peu risqué une semaine plus tard. Compte tenu de la nature du procès lui-même, le port du niqab pourrait être permis dans tous les cas ou pas du tout durant la déposition du témoin. J'estime qu'il faut adopter une règle claire. Dans le contexte des valeurs sous-jacentes du système de justice canadien, le port du niqab ne devrait pas être permis en raison de son incidence sur les droits de la défense.

#### IV. Les valeurs du système canadien de justice pénale

[70] La juge Abella a fait il y a quelques années une mise en garde au sujet de la nécessité de respecter les différences tout en préservant les valeurs communes à la société canadienne :

Confirmé dans des textes de loi, que ce soit par des mesures de protection figurant dans les codes des droits de la personne ou par son inscription dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit de chacun de s'intégrer dans la société canadienne avec ses différences — et malgré celles-ci — est devenu un élément déterminant de notre caractère national.

Toutefois, le droit à la protection des différences ne signifie pas que ces différences restent toujours prépondérantes. Celles-ci ne sont pas toutes compatibles avec les valeurs canadiennes fondamentales et, par conséquent, les obstacles à leur expression ne sont pas tous arbitraires.

(*Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607, par. 1 et 2)

[71] Ces valeurs communes sont celles qui ont permis au Canada de se développer et de former une société diversifiée. Elles préservent un espace public où tous sont les bienvenus tels qu'ils sont, mais où certaines valeurs communes fondamentales favorisent l'interaction entre tous les membres

interpretation and application of s. 1 of the *Charter* in *Oakes*, Dickson C.J. adverted to the presence and importance of these common values (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). In his comment on the meaning of the words “free and democratic society” in s. 1 of the *Charter*, he emphasized that these values were the source of the constitutional rights guaranteed by the *Charter*:

The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified. [p. 136]

[72] Dickson C.J. recognized in *Oakes* that the *Charter* is grounded in a long history and tradition. The “living tree” keeps growing, but always from its roots. Today, we may rightly say that, in s. 27 of the *Charter*, Canada accepts the importance of multiculturalism in its social life. In s. 27, Canada signals its acceptance that it’s changing through every day of its history. At the same time, however, the recognition of multiculturalism takes place in the environment of the Constitution itself, and is rooted in its political and legal traditions. The Constitution requires an openness to new differences that appear within Canada, but also an acceptance of the principle that it remains connected with the roots of our contemporary democratic society.

[73] The will to maintain an independent and open justice system in which the interests and the dignity of all are taken into consideration remains a key aspect of the traditions grounding this democratic society. The religious neutrality of the state and of its institutions, including the courts and the justice system, protects the life and the growth of a public space open to all regardless of their beliefs, disbeliefs and unbeliefs. Religions are voices among others in the public space, which includes the courts.

de notre société. Dans les motifs éclairants exprimés dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, portant sur l’interprétation et l’application de l’article premier de la *Charte*, le juge en chef Dickson a fait allusion à la présence et à l’importance de ces valeurs communes. Dans son propos sur le sens des mots « société libre et démocratique » à l’article premier de la *Charte*, il a souligné que ces valeurs étaient à l’origine des droits constitutionnels garantis par la *Charte* :

Les valeurs et les principes sous-jacents d’une société libre et démocratique sont à l’origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu’une restriction d’un droit ou d’une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer. [p. 136]

[72] Le juge en chef Dickson a reconnu dans *Oakes* que la *Charte* procède d’une histoire et une tradition anciennes. L’« arbre vivant » continue de croître, mais toujours à partir de ses mêmes racines. Nous pouvons dire à juste titre aujourd’hui qu’à l’art. 27 de la *Charte*, le Canada accepte l’importance que revêt le multiculturalisme dans son quotidien. Le Canada y affirme accepter de changer tous les jours, mais du même coup, la reconnaissance du multiculturalisme se fait dans le cadre de la Constitution elle-même, et elle reste ancrée dans les traditions politiques et juridiques canadiennes. La Constitution exige une ouverture aux nouvelles différences qui apparaissent au Canada, mais aussi l’acceptation du principe qu’elle reste en contact avec les racines de notre société démocratique contemporaine.

[73] La volonté de maintenir un système de justice indépendant et transparent, qui prend en compte les intérêts et la dignité de tous reste un élément clé des traditions sur lesquelles repose notre société démocratique. La neutralité religieuse de l’État et de ses institutions, y compris des tribunaux et du système de justice, assure la vie et la croissance d’un espace public ouvert à tous, peu importe les croyances, le scepticisme ou l’incrédulité de chacun. Les religions sont des voix parmi d’autres qui s’expriment dans l’espace public, qu’occupent également les tribunaux.

[74] A system of open and independent courts has become a core component of a democratic state, ruled by law (T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), at p. 8). This system is part of the complex web of institutions, rules and values embraced by the notion of the rule of law, of a state and a society living under and within the law. Such a system is critical to the maintenance of the rule of law, a fundamental Canadian value, as this Court held, for example, in the *Quebec Secession Reference* (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217) and in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3.

[75] There are all sorts of exceptions to the openness of the courts and to the publicity of trials. But they remain exceptions. Courts work under a general principle that they are open to the public and that the public is entitled to know or learn about what goes on before them. As La Forest J. wrote:

The importance of ensuring that justice be done openly has not only survived: it has now become “one of the hallmarks of a democratic society” . . . . The open court principle, seen as “the very soul of justice” and the “security of securities”, acts as a guarantee that justice is administered in a non-arbitrary manner, according to the rule of law. In *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, openness was held to be the rule, covertness the exception, thereby fostering public confidence in the integrity of the court system and understanding of the administration of justice.

(*Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 22)

[76] From this broader constitutional perspective, the trial becomes an act of communication with the public at large. The public must be able to see how the justice system works. The principle of openness

[74] Un appareil judiciaire transparent et indépendant est devenu une composante essentielle d'un État démocratique fondé sur le droit (T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), p. 8). Cet appareil fait partie du réseau complexe d'institutions, de règles et de valeurs que chapeaute la notion de primauté du droit, c'est-à-dire d'un État et d'une société vivant dans le respect et les limites du droit. Son rôle est primordial pour le maintien de la primauté du droit, une valeur fondamentale au Canada, comme l'a affirmé notre Cour notamment dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, et dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.

[75] La transparence des tribunaux et le caractère public des procès souffrent d'exceptions de toutes sortes, mais celles-ci restent des exceptions. Les tribunaux sont soumis au principe général voulant qu'ils soient ouverts au public et que ce dernier a le droit de savoir ce qui se passe devant eux ou d'en prendre connaissance. Comme l'a écrit le juge La Forest :

L'importance de garantir que la justice soit rendue en audience publique n'a pas seulement survécu, elle est devenue [TRADUCTION] « l'une des caractéristiques d'une société démocratique » [. . .] Le principe de la publicité des procédures judiciaires, considéré comme le « souffle même de la justice » et la « garantie des garanties », fait en sorte que la justice est administrée de manière non arbitraire, conformément à la primauté du droit. Dans l'arrêt *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, il a été jugé que la publicité est la règle et le secret l'exception, situation qui favorise la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice.

(*Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 22)

[76] Dans cette perspective constitutionnelle plus large, le procès devient un acte de communication avec le grand public. Ce dernier doit être en mesure de voir comment fonctionne le système de justice.

ensures that the courts and the trial process belong to all regardless of religion, gender or origin.

[77] In the courts themselves, as I mentioned above, the trial is a process of communication. To facilitate this process, the justice system uses rules and methods that try to assist parties that struggle with handicaps to overcome them in order to gain access to justice and take part effectively in a trial. Blind or deaf litigants, and parties with limited mobility, take part in judicial proceedings. Communication may sometimes be more difficult. But the efforts to overcome these obstacles and the rules crafted to address them tend to improve the quality of the communication process. Wearing a niqab, on the other hand, does not facilitate acts of communication. Rather, it restricts them. It removes the witness from the scope of certain elements of those acts on the basis of the assertion of a religious belief in circumstances in which the sincerity and strength of the belief are difficult to assess or even to question. The niqab shields the witness from interacting fully with the parties, their counsel, the judge and, where applicable, the jurors.

[78] A clear rule that niqabs may not be worn would be consistent with the principle of openness of the trial process and would safeguard the integrity of that process as one of communication. It would also be consistent with the tradition that justice is public and open to all in our democratic society. This rule should apply at all stages of the criminal trial, at the preliminary inquiry as well as at the trial itself. Indeed, evidentiary issues arise and evolve at the different stages of the criminal process, and they affect the conduct of the communication process taking place during the trial.

[79] Because of the way the litigation and the appeals were conducted, I agree with the disposition proposed by the Chief Justice. I would remit the matter to the judge presiding at the preliminary inquiry, the stage at which this case has remained bogged down for years as a result of the incidents that this Court is now trying to resolve.

Le principe de la publicité démontre que les tribunaux et le procès appartiennent à tous, peu importe la religion, le sexe ou les origines de chacun.

[77] Dans la salle d'audience elle-même, comme je l'ai déjà mentionné, le procès constitue un exercice de communication. Pour faciliter cette communication, le système de justice s'est doté de règles et de méthodes pour aider les personnes affligées d'un handicap à les surmonter afin qu'elles puissent avoir accès à la justice et participer au procès. Les personnes qui ne peuvent voir ou entendre ou dont la mobilité est réduite y prennent part. Si la communication devient parfois plus difficile, les efforts déployés et les règles établies pour surmonter ces obstacles tendent à améliorer la qualité du processus de communication. À l'inverse, le port du niqab ne favorise pas les actes de communication. Il les restreint. Il coupe le témoin de certains aspects des actes de communication en raison de l'affirmation d'une croyance religieuse, dans des circonstances où il est difficile d'apprécier ou même de mettre en question la sincérité et la solidité de cette croyance. Le niqab soustrait le témoin à une interaction complète avec les parties, leurs avocats, le juge et, s'il y a lieu, les jurés.

[78] Une interdiction claire de porter le niqab respecterait le principe de la publicité du procès et préserverait l'intégrité de celui-ci en tant qu'acte de communication. Cette interdiction s'accorderait également avec la tradition selon laquelle la justice est rendue publiquement et accessible à tous les membres de notre société démocratique. L'interdiction devrait s'appliquer à tous les stades d'une instance criminelle, à l'enquête préliminaire comme au procès lui-même. En fait, les questions de preuve se posent et évoluent aux différentes étapes de la procédure pénale, et elles influent sur le déroulement du processus de communication au cours du procès.

[79] Vu la manière dont le procès et les appels ont été instruits, je souscris au dispositif proposé par la Juge en chef. Je suis d'avis de renvoyer l'affaire au juge présidant l'enquête préliminaire, l'étape où cette affaire criminelle reste enlisée depuis des années en raison des problèmes que notre Cour essaie maintenant de résoudre.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

ABELLA J. (dissenting) —

LA JUGE ABELLA (dissidente) —

### Introduction

[80] Controversy hovers over the context of this case: whether the niqab is mandatory for Muslim women or whether it marginalizes the women who wear it; whether it enhances multiculturalism or whether it demeans it. These are complex issues about which reasonable people can and do strenuously disagree. But we are not required to try to resolve any of these or related conceptual issues in this case, we are required to try to transcend them in order to answer only one question: Where identity is not an issue, should a witness' sincerely held religious belief that a niqab must be worn in a courtroom, yield to an accused's ability to see her face. In other words, is the harm to the accused's fair trial rights in not being able to see a witness' entire face, greater than the harm to that witness' religious rights.

[81] N.S., the complainant, is alleging that she was repeatedly sexually assaulted by the accused while she was a child. She asserts that her religious beliefs require her to wear a niqab — a veil which covers her face but not her eyes — while testifying in front of any man who is not a direct family member. The accused argues that his right to a fair trial requires that he, his counsel, and the judge be able to see N.S.'s face during her testimony and cross-examination. The issue, therefore, is weighing the competing harms.

[82] I concede without reservation that seeing more of a witness' facial expressions is better than seeing less. What I am not willing to concede, however, is that seeing less is so impairing of a judge's or an accused's ability to assess the credibility of a witness, that the complainant will have to choose

### Introduction

[80] La controverse plane sur le contexte de la présente affaire : le port du niqab est-il obligatoire pour les musulmanes; est-ce qu'il marginalise les femmes qui le portent; est-ce qu'il enrichit le multiculturalisme ou s'il le rabaisse? Il s'agit de questions complexes au sujet desquelles les gens raisonnables peuvent exprimer — et expriment — vigoureusement leur désaccord. Cependant, on ne nous demande pas d'essayer de résoudre ces questions ou les questions conceptuelles qui s'y rapportent, mais de tenter de les transcender afin de répondre à une seule question : il s'agit de savoir si, dans le cas où l'identité n'est pas en cause, la croyance religieuse sincère d'un témoin qu'elle doit porter le niqab dans la salle d'audience doit être écartée pour que l'accusé puisse voir son visage. Autrement dit, il faut se demander si l'atteinte aux droits de l'accusé à un procès équitable, parce qu'il ne peut pas voir entièrement le visage d'un témoin, est plus grave que l'atteinte aux droits religieux de ce témoin.

[81] La plaignante, N.S., allègue avoir été agressée sexuellement par l'accusé à plusieurs reprises durant son enfance. Elle affirme que ses croyances religieuses l'obligent à porter le niqab — un voile qui recouvre son visage, mais non ses yeux — lorsqu'elle témoigne en présence d'un homme qui n'est pas membre de sa famille immédiate. L'accusé soutient que son droit à un procès équitable exige que lui-même, son avocat et le juge soient en mesure de voir le visage de N.S. lors de son témoignage et de son contre-interrogatoire. La question en litige porte donc sur la mise en balance des atteintes à des droits opposés.

[82] J'admets sans réserve qu'il est préférable de voir plus que moins les expressions faciales des témoins. Ce que je ne suis pas disposée à admettre, toutefois, c'est que le fait de voir moins les expressions faciales du témoin empêche un juge ou un accusé d'apprécier sa crédibilité au point qu'il faille

between her religious rights and her ability to bear witness against an alleged aggressor. This also has the potential to impair the rights of an accused, who may find herself having to choose between her religious rights and giving evidence in her own defence. The court system has many examples of accepting evidence from witnesses who are unable to testify under ideal circumstances because of visual, oral, or aural impediments. I am unable to see why witnesses who wear niqabs should be treated any differently.

[83] I would, however, make an exception in cases where the accused can demonstrate that the witness' face is directly relevant to the case, such as where the witness' identity is in issue. In such cases, seeing the witness' face is central to the issues at trial, rather than merely being a part of the assessment of demeanour.

#### Analysis

[84] I agree with the majority that the issue at the first stage of the analysis is whether N.S.'s claim to wear a niqab while testifying is grounded in the guarantee of freedom of religion in s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. There is no question that an order requiring N.S. to remove her niqab in the courtroom would interfere with her freedom of religion in a substantial manner: *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 32.

[85] Where both sets of competing *Charter* interests are shown to be engaged, the next step is to attempt to reconcile them through reasonably available alternative measures, or accommodation. But where the rights cannot be reconciled, a "true conflict" is made out, and the court will be required to balance the interests at stake: *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, at para. 50. In the context of a witness wearing the niqab, I see very little realistic possibility for accommodation.

contraindre une plaignante à choisir entre ses droits religieux et sa faculté de témoigner contre une personne qui l'aurait agressée. Une telle solution pourrait également porter atteinte aux droits d'une accusée, qui peut se trouver à devoir choisir entre ses droits religieux et la présentation d'un témoignage pour sa propre défense. Le système judiciaire présente nombre d'exemples où les tribunaux acceptent les dépositions de personnes qui ne peuvent témoigner dans des conditions idéales à cause d'un handicap visuel, oral ou auditif. Je n'arrive pas à voir pourquoi les femmes qui témoignent en portant le niqab devraient être traitées différemment.

[83] Je suis toutefois d'avis de faire exception dans les cas où l'accusé est à même de démontrer que le visage du témoin est directement pertinent à l'instance, notamment lorsque l'identité de ce dernier est en cause. Dans de tels cas, le fait de voir le visage du témoin est crucial à l'égard des questions débattues au procès et ne constitue pas simplement un facteur de l'appréciation du comportement du témoin.

#### Analyse

[84] Je partage l'avis des juges majoritaires que la première étape de l'analyse consiste à déterminer si la revendication par N.S. du droit de porter le niqab durant son témoignage repose sur la liberté de religion garantie à l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il ne fait aucun doute qu'une ordonnance enjoignant à N.S. d'enlever son niqab dans la salle d'audience porterait gravement atteinte à sa liberté de religion : *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 32.

[85] S'il est démontré que deux ensembles de droits opposés garantis par la *Charte* entrent en jeu, il faut alors tenter de les concilier par d'autres mesures raisonnables ou un compromis. Toutefois, lorsque les droits en cause sont inconciliables, il y a « véritablement conflit », et le tribunal devra sopeser les intérêts en cause : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 50. En présence d'un témoin portant le niqab, je ne vois en réalité qu'une très faible possibilité d'atteindre un compromis.

[86] The crux of this case, therefore, is whether the impact of not having full access to the usual “demeanour assessment package” can be said to so materially harm trial fairness that the religious right must yield. In my view, with very limited exceptions, the harm to a complainant of requiring her to remove her niqab while testifying will generally outweigh any harm to trial fairness.

[87] This Court has adopted a low threshold when it comes to establishing sincerity of belief. Inquiries into sincerity are to be “as limited as possible”, intended “only to ensure that a presently asserted religious belief is in good faith, neither fictitious nor capricious, and that it is not an artifice”: *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 52. As a result, sincerity of belief is only the first step through the gate in the discussion regarding a claimant’s freedom of religion: *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 S.C.R. 235, at paras. 2 and 26-27.

[88] In my view, particularly in the context of this case, a probing inquiry into the claimant’s sincerity of belief is unwarranted. For a start, it is unclear what sort of evidence a court would actually require in order for the claimant to establish a sincerity of religious practice: Sara Weinrib, “An Exemption for Sincere Believers: The Challenge of *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*” (2011), 56 *McGill L.J.* 719, at p. 728. Rigorous focus on a claimant’s past religious practice to determine whether his or her current beliefs are sincerely held is largely inconclusive, as are the beliefs of co-religionists given the spectrum of beliefs and practices even within the same religion: *Amselem*, at para. 53. Moreover, it strikes me as manifestly unrealistic to assume that a witness would insincerely wear the niqab in an effort to gain some sort of testimonial advantage. As a result, I agree that the preliminary inquiry judge improperly focussed on N.S.’s decision to remove her niqab when having her driver’s licence photo taken and at potential security checks. The record shows that N.S. has worn her niqab for five years in sincere religious

[86] Il s’agit donc essentiellement en l’espèce de savoir si l’on peut affirmer que les conséquences d’un accès limité à « l’ensemble des éléments du comportement » habituellement évalués sont tellement préjudiciables à l’équité du procès que le droit religieux doit céder le pas. J’estime que, sous réserve d’exceptions très limitées, le préjudice que l’on cause à une plaignante en l’obligeant à enlever son niqab durant son témoignage l’emporte généralement sur toute atteinte à l’équité du procès.

[87] Notre Cour a retenu un critère peu exigeant pour établir la sincérité d’une croyance. L’examen de la sincérité doit être « aussi restreint que possible » et viser « uniquement [à] s’assurer que la croyance religieuse invoquée est avancée de bonne foi, qu’elle n’est ni fictive ni arbitraire et qu’elle ne constitue pas un artifice » : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 52. Par conséquent, la sincérité d’une croyance n’est que le premier élément à examiner dans l’analyse de la liberté de religion d’un demandeur : *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 2 et 26-27.

[88] À mon sens, il est injustifié d’examiner à fond la sincérité de la croyance du demandeur, surtout dans le contexte de la présente affaire. Tout d’abord, on ne connaît pas vraiment le type de preuve dont aurait effectivement besoin le tribunal pour que le demandeur établisse la sincérité d’une pratique religieuse : Sara Weinrib, « An Exemption for Sincere Believers : The Challenge of *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* » (2011), 56 *R.D. McGill* 719, p. 728. L’analyse rigoureuse des pratiques religieuses antérieures d’un demandeur en vue de déterminer la sincérité de ses croyances courantes est très peu concluante, tout comme les croyances de ses coreligionnaires étant donné le spectre des croyances et des pratiques, même au sein d’une même religion : *Amselem*, par. 53. Qui plus est, il me semble manifestement irréaliste de supposer qu’un témoin porterait le niqab de mauvaise foi dans le but d’en tirer un quelconque avantage lors de sa déposition. Par conséquent, je suis également d’avis que le juge président l’enquête préliminaire a mis à tort l’accent sur la décision de N.S. d’enlever son niqab au moment où elle s’est



observance. In my view, she met the sincerity threshold.

[89] With great respect, however, I disagree with the majority that the “strength” of a witness’ belief, while not relevant in assessing the witness’ *prima facie* religious claim, is nonetheless somehow relevant when balancing that claim against trial fairness. It is unclear to me how a claimant’s “strength” of belief — particularly given the highly subjective and imprecise nature of the freedom of religion analysis — affects the protection a claimant should be afforded under the *Charter*. Such an approach, in my respectful view, risks re-entering into inappropriate inquiries into a claimant’s past practices, or into the extent to which a claimant’s practices follow a religion’s orthodox traditions.

[90] The next stage of the analysis is to ask whether permitting the witness to wear the niqab while testifying creates a serious risk to trial fairness. The accused argues that allowing N.S. to testify with her face covered by a niqab violates his right to a fair trial both by preventing effective cross-examination and by presenting an obstacle to the trier of fact’s ability to assess her credibility. This brings us to the heart of the issue.

[91] There can be no doubt that the assessment of a witness’ demeanour is easier if it is based on being able to scrutinize the whole demeanour package — face, body language, voice, etc. Nor is there any doubt that historically and ideally, we *expect* to see a witness’ face when he or she is testifying. That, however, is different from concluding that unless the entire package is available for scrutiny, a witness’ credibility cannot adequately be weighed.

[92] To start, while I think it is clear that witnesses in common law criminal courts are expected

fait photographe pour son permis de conduire et à l’occasion de vérifications de sécurité éventuelles. Il ressort du dossier que pendant cinq ans, N.S. a porté le niqab en observance sincère de sa religion. À mon avis, elle a répondu au critère de sincérité.

[89] En toute déférence toutefois, je ne partage pas l’avis des juges majoritaires que, même si elle n’est pas pertinente pour apprécier le droit religieux *prima facie* revendiqué par le témoin, la « force » de sa croyance a néanmoins une quelque pertinence lorsqu’il s’agit de pondérer ce droit en regard de l’équité du procès. Je vois mal en quoi la « force » de la croyance d’un demandeur modifie la protection que la *Charte* devrait lui conférer, compte tenu surtout de la nature très subjective et imprécise de l’analyse portant sur la liberté de religion. À mon humble avis, une telle approche risque de nous ramener à l’examen inapproprié des pratiques antérieures d’un demandeur ou de la mesure dans laquelle il se conforme à des traditions religieuses orthodoxes.

[90] La prochaine étape de l’analyse consiste à déterminer si le fait d’autoriser le témoin à porter le niqab durant sa déposition risque sérieusement de compromettre l’équité du procès. Selon l’accusé, le fait d’autoriser N.S. à témoigner avec le visage voilé par un niqab viole son droit à un procès équitable à la fois en faisant obstacle à un contre-interrogatoire efficace et en faisant obstacle à la faculté du juge des faits d’apprécier la crédibilité de N.S. Cela nous amène au cœur du litige.

[91] Il ne fait aucun doute qu’on peut évaluer plus facilement le comportement d’un témoin lorsqu’on est à même d’en examiner l’ensemble des éléments : le visage, le langage corporel, la voix, etc. Il ne fait aucun doute non plus qu’idéalement, nous nous *attendons*, et ce depuis longtemps, à voir le visage du témoin durant sa déposition. Cela ne revient cependant pas à conclure qu’il est impossible de bien apprécier la crédibilité d’un témoin si l’on ne peut pas observer l’ensemble des éléments de son comportement.

[92] Tout d’abord, il me paraît évident qu’on attend des témoins comparissant devant les

to testify with their faces visible to counsel and the trier of fact, it does not follow that if they are unable to do so, they cannot testify. A general expectation is not the same as a general rule, and there is no need to enshrine an historic practice into a “common law” requirement. Canada’s justice journey has absorbed and accommodated an evolutionary recognition that while history assists in understanding the past, it need not necessarily command the future. That is why we have come to use screens for children, interpreters for those without facility in our official languages, and a myriad of other means to facilitate a witness’ ability to give evidence in the courtroom. As this case demonstrates, courts are engaged in a constant process of reconciling historic expectations and practices with the *Charter*’s vision.

[93] A number of interests are engaged when a witness is not permitted to wear her niqab while testifying. First, she is prevented from being able to act in accordance with her religious beliefs. As noted by Martha C. Nussbaum, religious requirements are experienced as “obligatory and nonoptional”, that is, as not providing a genuine choice to the religious believer:

. . . laws . . . often put religious minorities in something like Antigone’s dilemma: either they have to violate a sacred requirement or they have to break the law and/or forfeit some state-granted privilege.

*(Liberty of Conscience: In Defense of America’s Tradition of Religious Equality* (2008), at pp. 117 and 167)

[94] This has the effect of forcing a witness to choose between her religious beliefs and her ability to participate in the justice system: Natasha Bakht, “Objection, Your Honour! Accommodating *Niqab*-Wearing Women in Courtrooms”, in Ralph Grillo et al., eds., *Legal Practice and Cultural Diversity* (2009), 115, at p. 128. As a result, as the majority notes, complainants who sincerely believe

cours criminelles de common law qu’ils exposent leur visage au regard des avocats et du juge des fait durant leur déposition, mais il ne s’ensuit pas qu’une personne ne pouvant pas dévoiler son visage est inhabile à témoigner. Une attente générale diffère d’une règle générale, et point n’est besoin de faire d’une pratique ancienne une exigence « de la common law ». Le parcours de la justice canadienne a intégré — et composé avec — une reconnaissance évolutive du fait que, si l’histoire aide à saisir le passé, elle n’est pas nécessairement garante de l’avenir. C’est pourquoi nous en sommes venus à utiliser des écrans pour les enfants, à faire appel à des interprètes dans le cas des personnes qui ont du mal à s’exprimer dans nos langues officielles, et à employer une foule d’autres moyens pour aider une personne à témoigner en salle d’audience. Comme le démontre la présente affaire, les tribunaux concilient constamment les attentes et les pratiques de longue date avec la vision de la *Charte*.

[93] Plusieurs intérêts entrent en jeu lorsqu’il est interdit à une femme de porter le niqab au cours de sa déposition. Premièrement, elle ne peut pas se conformer à ses croyances religieuses. Comme l’a souligné Martha C. Nussbaum, les préceptes religieux sont considérés [TRADUCTION] « obligatoires et non facultatifs », c’est-à-dire qu’ils n’offrent pas un véritable choix à l’adepte religieux :

[TRADUCTION] . . . bien des lois [. . .] placent les minorités religieuses devant un dilemme analogue à celui d’Antigone : soit elles sont obligées d’enfreindre une règle sacrée, soit elles doivent enfreindre la loi ou renoncer à un privilège accordé par l’État.

*(Liberty of Conscience : In Defense of America’s Tradition of Religious Equality* (2008), p. 117 et 167)

[94] Cette situation a pour effet d’obliger un témoin à choisir entre ses croyances religieuses et sa faculté de participer au système de justice : Natasha Bakht, « Objection, Your Honour! Accommodating *Niqab*-Wearing Women in Courtrooms », dans Ralph Grillo et autres, dir., *Legal Practice and Cultural Diversity* (2009), 115, p. 128. En conséquence, comme le font remarquer

that their religion requires them to wear the niqab in public, may choose not to bring charges for crimes they allege have been committed against them, or, more generally, may resist being a witness in someone else's trial. It is worth pointing out as well that where the witness is the accused, she will be unable to give evidence in her own defence. To those affected, this is like hanging a sign over the courtroom door saying "Religious minorities not welcome".

[95] The order requiring a witness to remove her niqab must also be understood in the context of a complainant alleging sexual assault. As this Court stated in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, "an assessment of the fairness of the trial process must be made 'from the point of view of fairness in the eyes of the community and the complainant' and not just the accused" (para. 72); see also *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, *per* McLachlin J., at para. 193. Creating a judicial environment where victims are further inhibited by being asked to choose between their religious rights and their right to seek justice, undermines the public perception of fairness not only of the trial, but of the justice system itself.

[96] The majority's conclusion that being unable to see the witness' face is acceptable from a fair trial perspective if the evidence is "uncontested", essentially means that sexual assault complainants, whose evidence will inevitably be contested, will be forced to choose between laying a complaint and wearing a niqab, which, as previously noted, may be no meaningful choice at all.

[97] This brings us to the extent to which N.S., by exercising her freedom of religion in wearing a niqab, harms the accused's fair trial rights. The right to a fair trial is crucial to the presumption of innocence and maintaining confidence in the criminal justice system. While I agree that witnesses generally and ideally testify with their faces uncovered

les juges majoritaires, les plaignantes qui croient sincèrement que leur religion les oblige à porter le niqab en public peuvent choisir de ne pas porter d'accusations contre des personnes qui auraient commis des infractions à leur endroit ou, de façon plus générale, de ne pas accepter de témoigner au procès d'une autre personne. Il convient de signaler aussi que si le témoin est l'accusée, elle ne sera pas en mesure de témoigner pour sa propre défense. Pour les personnes touchées, cela revient à poser au-dessus de la porte de la salle d'audience une affiche disant : « Les minorités religieuses ne sont pas les bienvenues. »

[95] Il faut également situer l'ordonnance enjoignant à un témoin d'enlever son niqab dans le contexte d'une plainte d'agression sexuelle. Comme l'a mentionné notre Cour dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, « l'équité du processus judiciaire doit être considérée "du point de vue de la collectivité et du plaignant", et non pas uniquement du point de vue de l'accusé » (par. 72); voir aussi *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, la juge McLachlin, par. 193. La création d'un environnement judiciaire où l'on gêne davantage les victimes en leur demandant de choisir entre leurs droits religieux et le droit d'obtenir justice ternit l'image d'équité que se fait le public non seulement du procès, mais du système de justice lui-même.

[96] La conclusion de la majorité que l'impossibilité de voir le visage du témoin est acceptable du point de vue de l'équité du procès si le témoignage « n'est pas contesté » force essentiellement la plaignante dans un cas d'agression sexuelle, dont le témoignage sera inévitablement contesté, à choisir entre le dépôt d'une plainte et le port du niqab, ce qui, comme je l'ai déjà dit, ne constitue peut-être pas du tout un véritable choix.

[97] Ce qui nous amène à examiner la mesure dans laquelle N.S. porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable si elle porte le niqab dans l'exercice de sa liberté de religion. Le droit à un procès équitable est fondamental pour la présomption d'innocence et le maintien de la confiance dans le système de justice pénale. Bien que je sois d'accord pour dire

in open court, abridgements of this “ideal” often occur in practice yet are almost always tolerated.

[98] “Demeanour” has been broadly described as “every visible or audible form of self-expression manifested by a witness whether fixed or variable, voluntary or involuntary, simple or complex”: Barry R. Morrison, Laura L. Porter and Ian H. Fraser, “The Role of Demeanour in Assessing the Credibility of Witnesses” (2007), 33 *Advocates’ Q.* 170, at p. 179. Trial judges often rely on many indicators *other than* facial cues in finding a witness credible, including

certitude in speaking, dignity while on the stand, exhibition of disability, exhibition of anger, exhibition of frustration, articulate speaking, thoughtful presentation, enthusiastic language, direct non-evasive answering, non-glib answering, exhibition of modesty, exhibition of flexibility, normal (as in as expected) body movement, cheerful attitude, kind manner, normal exhalation, normal inhalation. . . .

(Morrison, at p. 189)

[99] Moreover, while the ability to assess a witness’ demeanour is an important component of trial fairness, many courts have noted its limitations for drawing accurate inferences about credibility. In *Faryna v. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354, for example, the British Columbia Court of Appeal held that relying on the “appearance of sincerity [would lead to] a purely arbitrary finding and justice would then depend upon the best actors in the witness box” (p. 356). According to the court, demeanour “is but one of the elements that enter into the credibility . . . of a witness”, with other factors including the witness’ opportunity for knowledge, powers of observation, judgment, memory and ability to describe clearly what he or she has seen and heard (pp. 356-57).

[100] The Court of Appeal for Alberta similarly urged caution in relying on demeanour in *R. v. Pelletier* (1995), 165 A.R. 138:

que les témoins exposent généralement et idéalement leur visage quand ils témoignent en audience publique, les écarts à cet « idéal » sont monnaie courante dans les faits et ils sont presque toujours tolérés.

[98] Le « comportement » a été décrit de façon générale comme [TRADUCTION] « toute forme d’expression visible ou audible d’un témoin, qu’elle soit constante ou variable, volontaire ou non, simple ou complexe » : Barry R. Morrison, Laura L. Porter et Ian H. Fraser, « The Role of Demeanour in Assessing the Credibility of Witnesses » (2007), 33 *Advocates’ Q.* 170, p. 179. Le juge du procès s’appuie fréquemment sur de nombreux indices *autres que* les signaux faciaux pour juger crédible un témoin, y compris

[TRADUCTION] l’assurance des propos, la dignité affichée à la barre, une manifestation d’un handicap, de colère ou de frustration, des propos articulés, un exposé réfléchi, un langage enthousiaste, des réponses directes et précises, des réponses données avec respect, une manifestation de modestie, de souplesse, des gestes normaux (auxquels on s’attend), la bonne humeur, l’amabilité, une expiration et une inspiration normales. . . .

(Morrison, p. 189)

[99] En outre, la possibilité d’évaluer le comportement du témoin est un élément important de l’équité du procès, mais de nombreux tribunaux ont souligné qu’elle est d’une utilité limitée pour tirer des conclusions exactes quant à la crédibilité. Par exemple, dans *Faryna c. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a jugé que le fait de se fonder sur [TRADUCTION] « l’apparence de sincérité [mènerait à] une conclusion purement arbitraire, et la justice dépendrait alors des meilleurs acteurs venus témoigner » (p. 356). Selon la cour, le comportement « n’est qu’un des éléments qui touchent à la crédibilité [. . .] d’un témoin », auxquels s’ajoutent les faits que le témoin a pu connaître, ses facultés d’observation, son jugement, sa mémoire et son aptitude à décrire clairement ce qu’il a vu ou entendu (p. 356-357).

[100] Dans l’arrêt *R. c. Pelletier* (1995), 165 A.R. 138, la Cour d’appel de l’Alberta a de même exhorté à la prudence quand il s’agit de s’appuyer sur le comportement :

I question whether the respect given to our findings of fact based on the demeanour of the witnesses is always deserved. I doubt my own ability, and sometimes that of other judges, to discern from a witness's demeanour, or the tone of his voice, whether he is telling the truth. He speaks hesitantly. Is it the mark of a cautious man, whose statements are for that reason to be respected, or is he taking time to fabricate? Is the emphatic witness putting on an act to deceive me, or is he speaking from the fullness of his heart, knowing that he is right? Is he likely to be more truthful if he looks me straight in the face than if he casts his eyes on the ground, perhaps from shyness or a natural timidity? For my part I rely on these considerations as little as I can help.

... I judge a witness to be unreliable if his evidence is, in any serious respect, inconsistent with these undisputed or indisputable facts, or of course if he contradicts himself on important points. I rely as little as possible on such deceptive matters as his demeanour. [para. 18]

(Citing a 1973 paper by Justice MacKenna and approvingly quoted in P. Devlin, *The Judge* (1979), at p. 63.)

See also *R. v. Levert* (2001), 159 C.C.C. (3d) 71, at p. 81.

[101] The Canadian Judicial Council's model jury instructions also acknowledge the inherent limitations in relying on demeanour:

What was the witness's manner when he or she testified? Do not jump to conclusions, however, based entirely on the witness's manner. Looks can be deceiving. Giving evidence in a trial is not a common experience for many witnesses. People react and appear differently. Witnesses come from different backgrounds. They have different intellects, abilities, values, and life experiences. There are simply too many variables to make the manner in which a witness testifies the only or the most important factor in your decision.

(Model Jury Instructions, Part I, Preliminary Instructions, 4.11 Assessing Testimony (online))

[102] And courts regularly accept the testimony of witnesses whose demeanour can only be

[TRADUCTION] Je me demande si la retenue dont on fait preuve envers les conclusions de fait que nous tirons du comportement des témoins est toujours de mise. Je doute de ma propre aptitude, et parfois de celle d'autres juges, à savoir d'après le comportement d'un témoin ou le ton de sa voix s'il dit la vérité. Il parle avec hésitation. Est-ce la marque d'un homme prudent dont les propos commandent pour cette raison la retenue, ou prend-il son temps pour inventer des choses? Le témoin catégorique joue-t-il la comédie pour me duper, ou parle-t-il du fond de son cœur, sachant qu'il a raison? Est-il probablement plus sincère s'il me regarde droit dans les yeux que s'il a le regard fixé sur le sol, peut-être par gêne ou timidité naturelle? Quant à moi, je m'appuie aussi peu que possible sur ces considérations.

... Je juge qu'un témoin n'est pas fiable si son témoignage est incompatible avec les faits non contestés ou incontestables à des égards importants, ou si, bien entendu, il se contredit sur des points importants. Je me fonde aussi peu que possible sur des éléments aussi trompeurs que son comportement. [par. 18]

(Citant un document présenté par le juge MacKenna en 1973 et repris et approuvé dans P. Devlin, *The Judge* (1979), p. 63.)

Voir également *R. c. Levert* (2001), 159 C.C.C. (3d) 71, p. 81.

[101] Les limites inhérentes au fait de s'appuyer sur le comportement sont aussi reconnues dans les modèles de directives au jury du Conseil canadien de la magistrature :

Comment se comportait le témoin lorsqu'il témoignait? Ne tirez pas toutefois des conclusions hâtives fondées uniquement sur le comportement du témoin. Les apparences sont parfois trompeuses. Témoigner n'est pas une expérience courante pour bon nombre de témoins. Les gens réagissent et se présentent différemment. Les témoins viennent de différents milieux. Ils ont des intelligences, des capacités, des valeurs et des expériences de vie différentes. Il y a tout simplement trop de variables pour que le comportement d'un témoin constitue le seul facteur ou le plus important facteur dans votre décision.

(Modèles de directives au jury, partie I, Directives préliminaires, 4.11 Évaluation de la preuve par témoin (en ligne))

[102] Et les tribunaux acceptent régulièrement les dépositions des témoins dont ils ne peuvent

partially observed. Section 14 of the *Charter*, for example, states that a witness who cannot hear, or who does not understand or speak the language used in the proceedings, has the right to the assistance of an interpreter. In such cases, “the trial judge ha[s] to make credibility findings through the filters of the interpreters”: *R. v. A.F.* (2005), 376 A.R. 124 (C.A.), at para. 3; see also *R. v. R.S.M.*, 1999 BCCA 218 (CanLII), at paras. 12-14. The use of an interpreter may well have an impact on how the witness’ demeanour is understood, but it is beyond dispute that interpreters render the assessment of demeanour neither impossible nor impracticable. As stated by the Alberta Court of Appeal in *R. v. Davis* (1995), 165 A.R. 243:

The interpreter is usually calm and professional and so the English interpretation heard by the judge is done in a calm, non-contentious manner. There is a brief time delay allowing the witness, who [might] understand English, more time to provide her answer. An interpreter no doubt communicates in appropriate language when possible, and may well improve upon the explanation of the witness. I do not suggest for a moment that is done dishonestly, but rather because there may often be no more appropriate translation.

*This is not to say that witnesses who testify through interpreters can never demonstrate demeanour. They can and do, and the assessment of that demeanour may help a fact-finder determine truth. [Emphasis added; paras. 18-19.]*

[103] A witness may also have physical or medical limitations that affect a judge’s or lawyer’s ability to assess demeanour. A stroke may interfere with facial expressions; an illness may affect body movements; and a speech impairment may affect the manner of speaking. All of these are departures from the demeanour ideal, yet none has ever been held to disqualify the witness from giving his or her evidence on the grounds that the accused’s fair trial rights are thereby impaired.

observer le comportement que partiellement. Par exemple, l’art. 14 de la *Charte* prévoit que le témoin qui ne peut pas suivre les procédures, soit parce qu’il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée, soit parce qu’il est atteint de surdité, a droit à l’assistance d’un interprète. En pareil cas, [TRADUCTION] « le juge du procès [doit] tirer des conclusions sur la crédibilité à travers le filtre des interprètes » : *R. c. A.F.* (2005), 376 A.R. 124 (C.A.), par. 3; voir aussi *R. c. R.S.M.* (2005), 1999 BCCA 218 (CanLII), par. 12-14. Le recours à un interprète peut fort bien avoir une incidence sur l’appréciation du comportement du témoin, mais il ne fait aucun doute que les interprètes ne rendent ni impossible, ni impraticable cette appréciation. Comme l’a affirmé la Cour d’appel de l’Alberta dans *R. c. Davis* (1995), 165 A.R. 243 :

[TRADUCTION] D’habitude, l’interprète est calme et fait preuve de professionnalisme, et il s’adresse donc en anglais au juge avec calme et sans hostilité. Une brève pause donne au témoin, qui comprend [peut-être] l’anglais, plus de temps pour répondre. L’interprète s’exprime sans doute en des termes appropriés lorsque cela est possible, et peut fort bien éclaircir l’explication du témoin. Je ne laisse aucunement entendre qu’il le fait avec malhonnêteté; il le fait plutôt parce qu’il n’y a souvent aucune meilleure traduction.

*Cela ne veut pas dire que les témoins qui déposent par l’intermédiaire d’un interprète ne peuvent jamais manifester leur comportement. Ils peuvent le faire et ils le font, et l’évaluation de leur comportement peut aider le juge des faits à établir la vérité. [Italiques ajoutés; par. 18-19.]*

[103] Il arrive aussi que la déficience physique ou les restrictions médicales du témoin influent sur la capacité du juge ou des avocats d’évaluer son comportement. Un accident vasculaire cérébral peut nuire à l’expression du visage; une maladie peut avoir une incidence sur les mouvements du corps; et un trouble de la parole peut influencer sur l’expression orale. Tous ces problèmes constituent des écarts par rapport aux circonstances idéales pour l’évaluation du comportement, mais aucun d’entre eux n’a été considéré comme rendant le témoin inhabile à témoigner au motif qu’ils portent de ce fait atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable.

[104] There are other situations where we accept a witness' evidence without being able to assess demeanour at all. The *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, permits a judge to order and admit a transcript of evidence by a witness who is unable to attend the trial because of a disability, even when the accused's counsel is not present for the taking of the evidence: ss. 709 and 713. Courts also allow witnesses, including material witnesses, to give evidence and be cross-examined by telephone: *Criminal Code*, s. 714.3; see also *R. v. Chapdelaine*, 2004 ABQB 39 (CanLII); *R. v. Butt* (2008), 280 Nfld. & P.E.I.R. 129 (N.L. Prov. Ct.).

[105] Exceptions to hearsay evidence are another example where the trier of fact is completely unable to assess the demeanour of the person whose statement is being admitted as evidence. In *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, McLachlin J. developed a principled exception to the hearsay rule where the statement met the requirements of necessity and reliability (p. 542), with the result that the Court in a sexual assault case admitted the statement of a three-year-old child to her mother because it was unrealistic to require the child to testify and undergo cross-examination. The Court noted that "in most cases the concerns of the accused as to credibility [can] be addressed by submissions as to the weight to be accorded to the evidence" (p. 547).

[106] Wearing a niqab presents only a partial obstacle to the assessment of demeanour. A witness wearing a niqab may still express herself through her eyes, body language, and gestures. Moreover, the niqab has no effect on the witness' verbal testimony, including the tone and inflection of her voice, the cadence of her speech, or, most significantly, the substance of the answers she gives. Unlike out-of-court statements, defence counsel still has the opportunity to rigorously cross-examine N.S. on the witness stand.

[104] Il y a d'autres situations où les tribunaux acceptent la déposition d'un témoin sans être aucunement en mesure d'évaluer son comportement. Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, autorise le juge à ordonner et à admettre en preuve la transcription du témoignage d'un témoin qui se trouve dans l'impossibilité d'assister au procès en raison d'une incapacité, même si l'avocat de l'accusé n'est pas présent lorsque la déposition est recueillie : art. 709 et 713. De plus, les tribunaux permettent aux témoins, y compris aux témoins importants, de déposer et d'être contre-interrogés par téléphone : *Code criminel*, art. 714.3; voir aussi *R. c. Chapdelaine*, 2004 ABQB 39 (CanLII); *R. c. Butt* (2008), 280 Nfld. & P.E.I.R. 129 (C. prov. T.-N.-L.).

[105] Les exceptions à la règle du ouï-dire sont d'autres exemples de situations où le juge des faits est tout à fait incapable d'évaluer le comportement de l'auteur de la déclaration admise en preuve. Dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, la juge McLachlin a établi une exception de principe à la règle du ouï-dire dans les cas où la déclaration répond aux exigences de la nécessité et de la fiabilité (p. 542), de sorte que, dans une affaire d'agression sexuelle, la Cour a admis les propos adressés par une enfant de trois ans à sa mère parce qu'il n'était pas réaliste d'obliger cette enfant à témoigner et à subir un contre-interrogatoire. La Cour a souligné que, « dans la plupart des cas, les préoccupations de l'accusé quant à la crédibilité [peuvent] être traitées au moyen d'arguments quant au poids à accorder au témoignage » (p. 547).

[106] Le port du niqab ne fait que partiellement obstacle à l'évaluation du comportement. Le témoin portant un niqab peut néanmoins s'exprimer par son regard, son langage corporel et ses gestes. De plus, le niqab n'a aucune incidence sur la déposition orale du témoin, y compris le ton et l'inflexion de sa voix, le rythme de ses propos ou, plus important encore, la teneur de ses réponses. Contrairement au cas des déclarations faites à l'extérieur de la salle d'audience, il est toujours loisible à l'avocat de la défense de contre-interroger rigoureusement N.S. durant son témoignage.

[107] It is clear from all of this that trial fairness cannot reasonably expect ideal testimony from an ideal witness in every case, and that demeanour itself represents only one factor in the assessment of a witness' credibility. As Morden A.C.J.O. noted in *R. v. Levogiannis* (1990), 1 O.R. (3d) 351 (C.A.), the ideal is subject to several exceptions and qualifications in the interests of justice:

Accepting that [face-to-face confrontation] is a right, of a kind, I do not think that it can be said to be an absolute right, in itself, which reflects a basic tenet of our legal system. It is a right which is subject to qualification in the interests of justice.

The reason underlying the right is said to be that it is more difficult not to tell the truth about a person when looking at that person eye to eye. . . . [B]ut . . . it is difficult to dogmatize about this — and in some cases . . . eye to eye contact may frustrate the obtaining of as true an account from the witness as is possible. This is why I think the right is more accurately considered to be one that is subject to exceptions or qualifications rather than a fundamental or absolute one. [p. 367]

[108] And since, realistically, not being able to see a witness' whole face is only a partial interference with what is, in any event, only one part of an imprecise measuring tool of credibility, we are left to wonder why we demand full “demeanour access” where religious belief prevents it.

[109] In my view, therefore, the harmful effects of requiring a witness to remove her niqab, with the result that she will likely not testify, bring charges in the first place, or, if she is the accused, be unable to testify in her own defence, is a significantly more harmful consequence than not being able to see a witness' whole face.

[110] Since, in my view, N.S.'s sincerity has been established, I see no reason to require her to remove her niqab. I would therefore allow the appeal and

[107] Il appert de tout ce qui précède que l'équité du procès ne saurait raisonnablement exiger une déposition idéale d'un témoin parfait dans tous les cas, et que le comportement n'est qu'un des facteurs qui entrent dans l'appréciation de la crédibilité d'un témoin. Comme l'a fait remarquer le juge en chef adjoint Morden dans *R. c. Levogiannis* (1990), 1 O.R. (3d) 351 (C.A.), l'idéal est susceptible de plusieurs exceptions et restrictions dans l'intérêt de la justice.

[TRADUCTION] Bien que reconnaissant [que la confrontation directe est], d'une certaine façon, un droit, je ne crois pas que l'on puisse dire qu'[elle] constitue en soi un droit absolu qui traduit un précepte fondamental de notre système judiciaire. C'est un droit dont la portée est susceptible de restriction dans l'intérêt de la justice.

La raison d'être du droit serait qu'il est plus difficile de mentir au sujet d'une personne lorsqu'on la regarde droit dans les yeux. [ . . . ] [M]ais [ . . . ] il est difficile d'en faire un dogme et, dans certains cas [ . . . ] le contact visuel peut empêcher l'obtention d'un récit le plus véridique possible du témoin. C'est pourquoi je crois qu'il est plus exact de considérer ce droit comme étant susceptible d'exceptions ou de restrictions plutôt que comme un droit fondamental ou absolu. [p. 367]

[108] Et puisque, de façon réaliste, l'impossibilité d'observer tout le visage d'un témoin ne nuit que partiellement à ce qui constitue, de toute façon, un simple élément d'un outil imprécis d'appréciation de la crédibilité, force est de se demander pourquoi nous exigeons que tout le comportement puisse être observé dans les cas où une croyance religieuse s'y oppose.

[109] J'estime donc que les effets préjudiciables de l'imposition, à la personne appelée à témoigner, de l'obligation d'enlever son niqab, avec la conséquence qu'elle ne témoignera probablement pas, qu'elle ne portera pas d'accusation en premier lieu ou, si elle est accusée, qu'elle ne sera pas en mesure de témoigner pour sa propre défense, sont beaucoup plus importants que ceux de l'impossibilité de voir tout le visage d'un témoin.

[110] Puisque la sincérité de N.S. me semble avoir été établie, je ne vois aucune raison de l'obliger à enlever son niqab. Je suis donc d'avis d'accueillir



remit the matter to the preliminary inquiry for continuation, directing that N.S. be permitted to wear her niqab throughout both the preliminary inquiry and any trial that may follow.

*Appeal dismissed, ABELLA J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: David B. Butt, Toronto.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the respondent M-d S.: Michael Dineen, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Ontario Human Rights Commission, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Barbra Schlifer Commemorative Clinic: Norton Rose OR, Toronto; Simcoe Chambers, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Muslim Canadian Congress: Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the South Asian Legal Clinic of Ontario: Bennett Jones, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Barreau du Québec: BCF, Montréal; Barreau du Québec, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Green & Chercover, Toronto; Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.*

le pourvoi et de renvoyer l'affaire pour poursuite de l'enquête préliminaire en ordonnant qu'il soit permis à N.S. de porter le niqab au cours de l'enquête préliminaire et de tout procès qui pourrait être intenté par la suite.

*Pourvoi rejeté, la juge ABELLA est dissidente.*

*Procureur de l'appelante : David B. Butt, Toronto.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intimé M-d S. : Michael Dineen, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne : Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic : Norton Rose OR, Toronto; Simcoe Chambers, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Muslim Canadian Congress : Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante South Asian Legal Clinic of Ontario : Bennett Jones, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Barreau du Québec : BCF, Montréal; Barreau du Québec, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes : Green & Chercover, Toronto; Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Council on American-Islamic Relations: Peggy Smith Law Office, Kingston.*

*Procureurs de l'intervenant Canadian Council on American-Islamic Relations : Peggy Smith Law Office, Kingston.*

**Ibrahim Yumnu** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association,  
British Columbia Civil Liberties Association,  
Ontario Crown Attorneys' Association,  
Information and Privacy Commissioner  
of Ontario, David Asper Centre for  
Constitutional Rights and Criminal Lawyers'  
Association** *Intervenors*

- and -

**Vinicio Cardoso** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association,  
British Columbia Civil Liberties Association,  
Ontario Crown Attorneys' Association,  
Information and Privacy Commissioner  
of Ontario, David Asper Centre for  
Constitutional Rights and Criminal Lawyers'  
Association** *Intervenors*

- and -

**Tung Chi Duong** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Ibrahim Yumnu** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Association canadienne des libertés  
civiles, Association des libertés civiles de  
la Colombie-Britannique, Ontario Crown  
Attorneys' Association, Commissaire à  
l'information et à la protection de la vie  
privée de l'Ontario, David Asper Centre for  
Constitutional Rights et Criminal Lawyers'  
Association** *Intervenants*

- et -

**Vinicio Cardoso** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Association canadienne des libertés  
civiles, Association des libertés civiles de  
la Colombie-Britannique, Ontario Crown  
Attorneys' Association, Commissaire à  
l'information et à la protection de la vie  
privée de l'Ontario, David Asper Centre for  
Constitutional Rights et Criminal Lawyers'  
Association** *Intervenants*

- et -

**Tung Chi Duong** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Attorney General of Alberta, Canadian Civil Liberties Association, British Columbia Civil Liberties Association, Ontario Crown Attorneys' Association, Information and Privacy Commissioner of Ontario, David Asper Centre for Constitutional Rights and Criminal Lawyers' Association** *Interveners*

**Procureur général de l'Alberta, Association canadienne des libertés civiles, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Ontario Crown Attorneys' Association, Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, David Asper Centre for Constitutional Rights et Criminal Lawyers' Association** *Intervenants*

INDEXED AS: R. v. YUMNU

2012 SCC 73

File Nos.: 34090, 34091, 34340.

2012: March 14 and 15; 2012: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Jurors — Selection — Appellants convicted of first degree murder and conspiracy to commit murder — Prior to jury selection, Crown requesting that police conduct criminal record checks of prospective jurors and also provide comments on whether any prospective jurors were “disreputable persons” — None of the information received in response by Crown disclosed to defence — Whether it was appropriate to seek such information — Whether there should have been disclosure of same — Whether there is a reasonable possibility that such conduct affected trial fairness or gave rise to an appearance of unfairness, such that a miscarriage of justice occurred.*

Following a trial in Barrie, Ontario, each of the appellants was convicted of two counts of first degree murder and two counts of conspiracy to commit murder. They appealed from their convictions, raising grounds relating to the adequacy of the trial judge's charge to the jury. While the appeals were under reserve, the appellants became aware of a “jury vetting” practice in the Barrie area, consisting of inquiries conducted by the police, at the behest of the Crown Attorney's office, as to whether potential jurors had a criminal record or whether they were otherwise “disreputable persons” who would be undesirable as jurors. It was

RÉPERTORIÉ : R. c. YUMNU

2012 CSC 73

N<sup>os</sup> du greffe : 34090, 34091, 34340.

2012 : 14 et 15 mars; 2012 : 21 décembre.

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 — Jurés — Sélection — Appellants déclarés coupables de meurtre au premier degré et de complot en vue de commettre un meurtre — Demande de la Couronne présentée à la police avant la sélection du jury pour que cette dernière procède à la vérification du casier judiciaire des candidats jurés et précise s'il s'agissait de « personnes peu recommandables » — Aucun des renseignements reçus par le ministère public n'a été communiqué à la défense — Une telle demande était-elle acceptable? — Ces renseignements auraient-ils dû être communiqués? — Existait-il une possibilité raisonnable qu'une telle conduite ait nui à l'équité du procès ou ait donné lieu à une apparence d'iniquité entraînant une erreur judiciaire?*

À la suite d'un procès instruit à Barrie, en Ontario, chacun des appelants a été déclaré coupable sur deux chefs de meurtre au premier degré et sur deux chefs de complot en vue de commettre un meurtre. Ils ont interjeté appel de leur déclaration de culpabilité, faisant valoir des moyens fondés sur le caractère adéquat de l'exposé du juge du procès au jury. Alors que les appels étaient en délibéré, les appelants ont pris connaissance d'une pratique d'« évaluation des candidats jurés » ayant cours dans la région de Barrie, qui consistait en des vérifications effectuées par la police, à la demande du bureau des procureurs de la Couronne, pour savoir

ascertained that in the present case, vetting of the jury lists by the police in response to the Crown's request netted information about 10 individuals who remained in the pool of prospective jurors at the peremptory challenge stage of the proceedings. None of this information was shared with the defence. The appeals were reopened to consider evidence and arguments concerning the propriety of the vetting practice and its impact on the appellants' trial. The Court of Appeal dismissed all three appeals. With respect to the ground of appeal related to jury vetting, the Court of Appeal found that the Crown had failed to disclose information obtained from the jury vetting process that might have assisted the appellants in the exercise of their peremptory challenges, but it was not satisfied that the appellants suffered any prejudice from the Crown's failure to meet its disclosure obligations. The Court of Appeal held that there was no basis to conclude that the Crown's failure to disclose caused actual unfairness in the peremptory challenge process, or that the jury vetting practice created an appearance of unfairness.

*Held:* The appeals should be dismissed.

Jury vetting by the Crown and police gives rise to a number of concerns. First is the prospect of the Crown and police joining forces to obtain a jury favourable to their cause. Second is the fundamental precept of our justice system that "justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done". Third is juror privacy. There are, however, countervailing interests at play that warrant some limited checking and some minimal intrusions into the private lives of potential jurors. Only those persons eligible to serve as jurors should be permitted to participate in the process. Under provincial statutes and the *Criminal Code*, a potential juror's criminal antecedents, and in some provinces his or her pending charges, may render that person ineligible for jury duty or result in his or her removal from the jury pool following a successful challenge for cause. Self-reporting is one way of screening potential jurors, but it has proved to be less than satisfactory. Accordingly, absent legislation to the contrary, the authorities should be permitted to do criminal record checks on potential jurors to determine whether they are eligible to serve as jurors. In addition, in those provinces where the eligibility criteria cover persons who have been charged with a criminal offence, this

si les candidats jurés avaient un casier judiciaire ou s'il s'agissait de « personnes peu recommandables » dont le ministère public ne voudrait pas comme jurés. Il a été déterminé que l'évaluation des tableaux des jurés effectuée en l'espèce par la police en réponse à la demande de la Couronne avait permis d'obtenir des renseignements au sujet de 10 personnes qui demeureraient inscrites au tableau des candidats jurés à l'étape des récusations péremptoires du processus. Ces renseignements n'ont pas été communiqués à la défense. Les appels ont été rouverts pour que soient examinés des éléments de preuve et des arguments concernant la légitimité de la pratique de l'évaluation et son incidence sur le procès des appelants. La Cour d'appel a rejeté les trois appels. Quant au moyen d'appel fondé sur l'évaluation, elle a conclu que le ministère public avait omis de communiquer des renseignements, obtenus lors de l'évaluation des candidats jurés, qui auraient pu aider les appelants à exercer leur droit de récusation péremptoire, mais elle n'était pas convaincue que les appelants avaient subi un préjudice du fait que le ministère public ne s'était pas acquitté de ses obligations de communication. Selon la Cour d'appel, il n'y avait pas de raison de conclure que l'omission du ministère public de communiquer des renseignements avait entraîné l'iniquité du processus de récusation péremptoire ou que la pratique de l'évaluation des candidats jurés créait une apparence d'iniquité.

*Arrêt :* Les pourvois sont rejetés.

L'évaluation des candidats jurés par le ministère public et la police suscite certaines préoccupations. Premièrement, il y a la perspective que le ministère public et la police unissent leurs efforts afin d'obtenir un jury favorable à leur cause. Deuxièmement, il y a le précepte fondamental de notre système de justice selon lequel « il est essentiel que non seulement justice soit rendue, mais également que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue ». Troisièmement, il y a la vie privée des jurés. Cependant, des intérêts opposés entrent en jeu et justifient quelques vérifications limitées et une intrusion minime dans la vie privée des candidats jurés. Seules les personnes habiles à remplir les fonctions de juré devraient être autorisées à participer au processus. Aux termes de lois provinciales et du *Code criminel*, les antécédents criminels d'un candidat juré — et, dans certaines provinces, les accusations qui pèsent contre lui — peuvent le rendre inhabile à remplir les fonctions de juré ou entraîner son retrait du bassin des candidats jurés par suite d'une récusation motivée. La déclaration volontaire est une manière d'écartier des candidats jurés, mais elle ne s'est pas révélée très satisfaisante. Par conséquent, sauf disposition contraire de la loi, les autorités devraient pouvoir vérifier le casier

is also something the authorities may properly check for. It is thus permissible for the Crown, with the assistance of the police, to do limited background checks using multiple police databases to identify potential jurors who, by virtue of their criminal conduct, are not eligible for jury duty. The imbalance resulting from the defence's inability to conduct such searches is overcome by the disclosure obligations placed on the Crown. Information received by the Crown that is relevant to the jury selection process must be turned over to the defence, thereby restoring the balance. In return, defence counsel, as officers of the court, must make disclosure to both the court and Crown counsel where they know or have good reason to believe that a potential juror has engaged in criminal conduct that renders him or her ineligible for jury duty or cannot serve on a particular case due to matters of obvious partiality.

When it is discovered at the appeal stage that information about prospective jurors which should have been disclosed at trial was not disclosed, persons who seek a new trial on the basis that this non-disclosure of information deprived them of their s. 7 *Charter* right to a fair trial must, at a minimum, establish that (1) the Crown failed to disclose information relevant to the selection process that it was obliged to disclose; and (2) had the requisite disclosure been made, there is a reasonable possibility that the jury would have been differently constituted. In addition to these two steps, in the event the jury would have been differently constituted, it may be that the Crown should then have the opportunity to show, on balance, that the jury was nonetheless impartial.

With respect to the appearance of unfairness, there must be conduct on the part of the Crown and the police, within and surrounding the jury selection process, that would constitute a serious interference with the administration of justice and offend the community's sense of fair play and decency. When conduct of that nature is found to exist, it matters not that the accused may otherwise have had a fair trial; nor is it necessary to find that the accused may have been wrongfully convicted. It is the conduct itself that gives rise to a miscarriage of justice and demands that a new trial be ordered.

judiciaire des candidats jurés afin de déterminer s'ils sont habiles à remplir les fonctions de juré. En outre, dans les provinces où les critères d'admissibilité visent les personnes qui ont été accusées d'une infraction criminelle, les autorités peuvent également vérifier ce fait à juste titre. Le ministère public est donc autorisé à effectuer, avec l'aide de la police, des vérifications limitées des antécédents au moyen de multiples bases de données de cette dernière afin d'identifier les candidats jurés qui, en raison de leur conduite criminelle, sont inhabiles à remplir les fonctions de juré. Tout déséquilibre engendré par l'impossibilité pour la défense de procéder à pareilles vérifications est compensé par les obligations de communication qui incombent au ministère public. Les renseignements reçus par le ministère public qui sont pertinents pour le processus de sélection des jurés doivent être transmis à la défense, ce qui rétablit l'équilibre. Pour sa part, l'avocat de la défense, en tant qu'auxiliaire judiciaire, communique les renseignements qu'il détient à la cour ainsi qu'au ministère public s'il sait ou a de bonnes raisons de croire qu'un candidat juré s'est livré à des activités criminelles qui le rendent inhabile à remplir les fonctions de juré ou ne peut siéger à l'instruction d'un procès donné pour des raisons de partialité évidente.

Lorsqu'on découvre à l'étape de l'appel que des renseignements concernant des candidats jurés n'ont pas été communiqués lors du procès alors qu'ils auraient dû l'être, ceux qui sollicitent la tenue d'un nouveau procès au motif que la non-communication les a privés de leur droit à un procès équitable garanti par l'art. 7 de la *Charte* doivent établir, à tout le moins, (1) que le ministère public n'a pas communiqué des renseignements pertinents pour le processus de sélection qu'il était tenu de communiquer; (2) que si la communication avait été faite dans les règles, il existe une possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment. Outre ces deux étapes, dans l'éventualité où le jury aurait été composé différemment, le ministère public se verrait alors accorder l'occasion de démontrer, suivant la prépondérance des probabilités, que le jury a néanmoins été impartial.

Quant à l'apparence d'iniquité, il faut de la part du ministère public et de la police une conduite, tant dans le cadre du processus de sélection des jurés que dans tout ce qui le concerne, qui constituerait une entrave sérieuse à l'administration de la justice et heurterait le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société. Lorsque les tribunaux concluent à l'existence d'une telle conduite, il importe peu que l'accusé ait subi un procès équitable; il n'est pas non plus nécessaire qu'ils concluent que l'accusé a été déclaré coupable à tort. C'est la conduite même qui est à l'origine de l'erreur judiciaire et qui commande la tenue d'un nouveau procès.

In the case at bar, the Court of Appeal acted as a court of first instance in respect of the jury vetting issue. In these circumstances, its findings, like those of a trial court, are entitled to deference. On the issue of trial fairness, there is no basis for interfering with the findings of the Court of Appeal on the impact — or the lack of impact — that the jury vetting practice had on the jury selection process. Although the Crown failed in its disclosure obligations, as found by the Court of Appeal, there was no reasonable possibility that the jury would have been differently constituted had the pertinent information obtained from the vetting process been disclosed. The appellants received a fair trial by an impartial jury.

As for the appearance of unfairness and the suggestion that the verdicts are the product of a miscarriage of justice, although aspects of the Crown's conduct were improper and should not be repeated, what occurred here did not constitute a serious interference with the administration of justice, nor was it so offensive to the community's sense of fair play and decency that the proceedings should be set aside as a miscarriage of justice. The record checks were carried out in good faith and there was no attempt on the part of the police or the Crown to obtain a favourable jury. There is no basis for ordering a new trial.

### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217; *R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244; *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(d).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 626(1), 632(a) to (c), 633, 634, 635, 638(1)(a) to (f).  
*Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3, ss. 4(b) [am. 2009, c. 33, Sch. 2, s. 38(1)], 18.2 [ad. *idem*, s. 38(2)], 20.  
*Juries Act*, S.N.S. 1998, c. 16, s. 4(c).  
*Jurors Act*, R.S.Q., c. J-2, s. 4(j).  
*Jury Act*, C.C.S.M. c. J30, s. 3(p), (r).  
*Jury Act*, R.S.A. 2000, c. J-3, s. 4(h)(ii).  
*Jury Act*, R.S.B.C. 1996, c. 242, s. 3(1)(q).  
*Jury Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. J-2, s. 5(a).  
*Jury Act*, R.S.N.W.T. (Nu.) 1988, c. J-2, s. 5(a).  
*Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. J-5.1, s. 5(i).  
*Jury Act*, R.S.Y. 2002, c. 129, s. 5(a), (b).  
*Jury Act*, S.N.B. 1980, c. J-3.1, s. 3(r).

En l'espèce, la Cour d'appel a agi comme un tribunal de première instance relativement à la question de l'évaluation des candidats jurés. Dans ce contexte, ses conclusions, à l'instar de celles d'un tribunal de première instance, commandent la déférence. En ce qui concerne l'équité du procès, il n'y a aucune raison de modifier les conclusions de la Cour d'appel relatives à l'incidence — ou à l'absence d'incidence — que l'évaluation des candidats jurés a eue sur le processus de sélection des jurés. Bien que le ministère public ait manqué à ses obligations de communication, il n'existait, selon la Cour d'appel, aucune possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment si les renseignements pertinents issus de l'évaluation avaient été fournis à la défense. Les appelants ont bénéficié d'un procès équitable devant un jury impartial.

Quant à l'apparence d'iniquité et à l'argument selon lequel les verdicts sont le fruit d'une erreur judiciaire, bien que certains aspects de la conduite du ministère public étaient inappropriés et ne devraient pas être répétés, ce qui s'est passé en l'espèce ne constituait pas une entrave sérieuse à l'administration de la justice, ni ne heurtait le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société au point où la procédure devrait être annulée pour cause d'erreur judiciaire. La vérification des dossiers a été menée de bonne foi et ni la police ni le ministère public n'ont tenté d'obtenir un jury favorable. Il n'y a aucune raison d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217; *R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244; *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11(d).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 626(1), 632(a) à (c), 633, 634, 635, 638(1)(a) à (f).  
*Juries Act*, S.N.S. 1998, ch. 16, art. 4e).  
*Jury Act*, R.S.A. 2000, ch. J-3, art. 4h)(ii).  
*Jury Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 242, art. 3(1)(q).  
*Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-5.1, art. 5i).  
*Jury Act*, 1991, S.N.L. 1991, ch. 16, art. 5m).  
*Loi de 1998 sur le jury*, L.S. 1998, ch. J-4,2, art. 6h).  
*Loi sur le jury*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. J-2, art. 5a).  
*Loi sur le jury*, L.R.T.N.-O. (Nu.) 1988, ch. J-2, art. 5a).  
*Loi sur le jury*, L.R.Y. 2002, ch. 129, art. 5a), b).  
*Loi sur les jurés*, C.P.L.M. ch. J30, art. 3p), r).  
*Loi sur les jurés*, L.N.-B. 1980, ch. J-3.1, art. 3r).  
*Loi sur les jurés*, L.R.Q., ch. J-2, art. 4j).

*Jury Act, 1991*, S.N.L. 1991, c. 16, s. 5(m).  
*Jury Act, 1998*, S.S. 1998, c. J-4.2, s. 6(h).  
 R.R.O. 1990, Reg. 680, Form 1.

#### Authors Cited

Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct*. Ottawa: The Association, 2009 (online: <http://www.cba.org/CBA/activities/pdf/codeofconduct.pdf>).

Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct*, updated April 26, 2012 (online: <http://www.lsuc.on.ca/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=2147486159>).

Ontario. Information and Privacy Commissioner. *Excessive Background Checks Conducted on Prospective Jurors: A Special Investigation Report*. Toronto: The Commissioner, 2009.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Gillese and Watt J.J.A.), 2010 ONCA 637, 269 O.A.C. 48, 260 C.C.C. (3d) 421, [2010] O.J. No. 4163 (QL), 2010 CarswellOnt 7383, upholding the convictions of the three accused for first degree murder and conspiracy to commit murder. Appeals dismissed.

*Gregory Lafontaine, Vincenzo Rondinelli and Lori Anne Thomas*, for the appellant Ibrahim Yumnu.

*Catriona Verner and Kristin Bailey*, for the appellant Vinicio Cardoso.

*Timothy E. Breen*, for the appellant Tung Chi Duong.

*Michal Fairburn, Deborah Krick, John S. McInnes and Susan Magotiaux*, for the respondent.

*Frank Addario*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Nader R. Hasan and Gerald Chan*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Paul J. J. Cavalluzzo and Shaun O'Brien*, for the intervener the Ontario Crown Attorneys' Association.

*Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, ch. J.3, art. 4b) [mod. 2009, ch. 33, ann. 2, art. 38(1)], 18.2 [aj. *idem*, art. 38(2)], 20.  
 R.R.O. 1990, Règl. 680, formule 1.

#### Doctrine et autres documents cités

Association du Barreau canadien. *Code de déontologie professionnelle*. Ottawa: L'Association, 2009 (en ligne : [http://www.cba.org/abc/activities\\_f/pdf/codeofconduct.pdf](http://www.cba.org/abc/activities_f/pdf/codeofconduct.pdf)).

Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*, mis à jour 26 avril 2012 (en ligne : <http://www.lsuc.on.ca/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=2147486157>).

Ontario. Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée. *Excessive Background Checks Conducted on Prospective Jurors: A Special Investigation Report*. Toronto : Le Commissaire, 2009.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Weiler, Gillese et Watt), 2010 ONCA 637, 269 O.A.C. 48, 260 C.C.C. (3d) 421, [2010] O.J. No. 4163 (QL), 2010 CarswellOnt 7383, qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre les trois accusés pour meurtre au premier degré et complot en vue de commettre un meurtre. Pourvois rejetés.

*Gregory Lafontaine, Vincenzo Rondinelli et Lori Anne Thomas*, pour l'appellant Ibrahim Yumnu.

*Catriona Verner et Kristin Bailey*, pour l'appellant Vinicio Cardoso.

*Timothy E. Breen*, pour l'appellant Tung Chi Duong.

*Michal Fairburn, Deborah Krick, John S. McInnes et Susan Magotiaux*, pour l'intimée.

*Frank Addario*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Nader R. Hasan et Gerald Chan*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

*Paul J. J. Cavalluzzo et Shaun O'Brien*, pour l'intervenante Ontario Crown Attorneys' Association.



*William S. Challis and Stephen McCammon*, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario.

*Cheryl Milne and Lisa Austin*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Anthony Moustacalis and Peter Thorning*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

*Maureen McGuire*, for the intervener the Attorney General of Alberta (34340).

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

#### I. Introduction

[1] These appeals require the Court to decide whether it is permissible for the Crown, in conjunction with the police, to conduct background checks on prospective jurors through the use of police databases — and if so, to what extent and for what purposes.

[2] On December 22, 2005, following a nine-month trial before Stong J. of the Ontario Superior Court of Justice and a jury, each of the appellants — Ibrahim Yumnu, Vinicio Cardoso, and Tung Chi Duong — was convicted of two counts of first degree murder and two counts of conspiracy to commit murder.

[3] All three appellants appealed from their convictions to the Ontario Court of Appeal. Their appeals were heard together on April 6 and 7, 2009 and on February 1, 2010. At the proceedings in April 2009, the appellants raised grounds of appeal relating to the adequacy of the trial judge's charge to the jury. At the end of the hearing on April 7, the court reserved its judgment.

[4] Several months later, while the appeals remained under reserve, the appellants became aware of a “jury vetting” practice that the Crown

*William S. Challis et Stephen McCammon*, pour l'intervenant le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

*Cheryl Milne et Lisa Austin*, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Anthony Moustacalis et Peter Thorning*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

*Maureen McGuire*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta (34340).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

#### I. Introduction

[1] Pour trancher les présents pourvois, la Cour est appelée à déterminer si le ministère public est autorisé à vérifier, de concert avec la police, les antécédents des candidats jurés au moyen des bases de données de cette dernière — et, si oui, dans quelle mesure et à quelles fins.

[2] Le 22 décembre 2005, à la suite d'un procès de neuf mois devant le juge Stong de la Cour supérieure de justice de l'Ontario et un jury, chacun des appelants — Ibrahim Yumnu, Vinicio Cardoso et Tung Chi Duong — a été déclaré coupable de deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré et de deux chefs d'accusation de complot en vue de commettre un meurtre.

[3] Les trois appelants ont interjeté appel de leurs déclarations de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario. Leurs pourvois ont été entendus ensemble les 6 et 7 avril 2009 et le 1<sup>er</sup> février 2010. Lors de l'audience tenue en avril 2009, les appelants ont fait valoir des moyens d'appel fondés sur le caractère adéquat de l'exposé du juge du procès au jury. À la fin de l'audience, le 7 avril, la cour a mis l'affaire en délibéré.

[4] Plusieurs mois plus tard, alors que les appels étaient toujours en délibéré, les appelants ont pris connaissance d'une pratique d'[TRADUCTION]

Attorney's office in Barrie, Ontario (the locale of the appellants' trial) and police forces throughout the Judicial District of Simcoe County (the geographic area from which the jurors were selected) had apparently been following for some years. The vetting consisted of inquiries conducted by the police, at the behest of the Crown Attorney's office, as to whether potential jurors had a criminal record or whether they were otherwise "disreputable persons" who would be undesirable jurors.

[5] Once the widespread nature of this practice became known, inquiries were made and the appellants ordered transcripts of the jury selection process. The parties then produced a record, including affidavits upon which cross-examinations were conducted, and the appeals were reopened.

[6] On February 1, 2010, the Court of Appeal heard arguments concerning the propriety of the vetting practice, including: its impact on the jury selection process and the composition of the jury; its impact on trial fairness; and, more broadly, its impact on the integrity of the criminal justice system and the administration of justice as a whole.

[7] On October 5, 2010, the Court of Appeal (Weiler, Gillese and Watt J.J.A.) released comprehensive reasons for judgment dismissing all three appeals (2010 ONCA 637, 269 O.A.C. 48). Writing for the court, Watt J.A. concluded that certain features of the jury vetting process were inappropriate and should not be repeated. Other aspects were acceptable, subject to the Crown complying with its disclosure obligations.

[8] In accordance with a concession from the Crown on appeal, Watt J.A. found that the Crown at trial had failed to disclose information obtained from the jury vetting process that might have assisted the appellants in the exercise of their peremptory challenges. In the end, however, he was

« évaluation des candidats jurés » à laquelle se livraient apparemment le bureau des procureurs de la Couronne de Barrie, en Ontario (le lieu du procès des appelants), et les corps policiers du district judiciaire du comté de Simcoe (la zone géographique d'où sont issus les jurés) depuis plusieurs années. L'évaluation consistait en des vérifications effectuées par la police, à la demande du bureau des procureurs de la Couronne, pour savoir si les candidats jurés avaient un casier judiciaire ou s'il s'agissait de [TRADUCTION] « personnes peu recommandables » dont le ministère public ne voudrait pas comme jurés.

[5] Après avoir été mis au fait du caractère largement répandu de cette pratique, les appelants ont fait des vérifications et ont demandé la transcription du processus de sélection des jurés. Les parties ont ensuite produit un dossier, y compris des affidavits sur la base desquels des contre-interrogatoires ont été menés, et les appels ont été rouverts.

[6] Le 1<sup>er</sup> février 2010, la Cour d'appel a entendu les plaidoiries des parties concernant la légitimité de la pratique de l'évaluation, notamment : son incidence sur le processus de sélection des jurés et la composition du jury; son incidence sur l'équité du procès; et, de façon plus générale, son incidence sur l'intégrité du système de justice pénale et l'administration de la justice dans son ensemble.

[7] Le 5 octobre 2010, la Cour d'appel (les juges Weiler, Gillese et Watt) a publié les motifs détaillés du jugement par lequel elle a rejeté les trois appels (2010 ONCA 637, 269 O.A.C. 48). S'exprimant au nom de la cour, le juge Watt a conclu que certains aspects du processus d'évaluation des candidats jurés étaient inappropriés et ne devraient pas être répétés. D'autres aspects étaient acceptables, à condition que le ministère public s'acquitte de ses obligations de communication.

[8] En conformité avec une concession de la part du ministère public en appel, le juge Watt a conclu que celui-ci avait omis de communiquer au procès des renseignements, obtenus lors de l'évaluation des candidats jurés, qui auraient pu aider les appelants à exercer leur droit de récusation péremptoire. Au

not satisfied that the appellants suffered any prejudice from the Crown's failure to meet its disclosure obligations. In his view, there was no reasonable possibility that the jury would have been differently constituted had disclosure been made; nor was there a basis for concluding that the Crown's failure to disclose caused actual unfairness in the peremptory challenge process. Finally, it could not be said that the jury vetting practice created an appearance of unfairness that cast a pall over the entire proceeding. Accordingly, Watt J.A. rejected this ground of appeal. He also rejected the grounds relating to the alleged errors in the trial judge's final instructions to the jury.

[9] Before this Court, the appellants no longer challenge the adequacy of the trial judge's instructions to the jury. Rather, the appeals centre on the jury vetting issue and the Court of Appeal's treatment of it.

[10] In a nutshell, the appellants complain that the jury vetting undertaken by the police, at the behest of the Crown, was highly improper. It compromised the integrity of the jury selection process and resulted in a jury that, if not favourably disposed to the Crown, might well have been differently composed had the appellants received the disclosure to which they were entitled.

[11] On a more fundamental level, the appellants contend that the jury vetting conducted by the police, in conjunction with the Crown, strikes at the very heart of our criminal justice system and impinges on the sanctity of trial by jury that forms such a vital part of it. They say it raises the spectre of jury tampering and as such, it deserves this Court's unqualified condemnation.

[12] One of the appellants equates what occurred here to the situation in *R. v. Latimer*, [1997] 1

bout du compte, cependant, il n'était pas convaincu que les appelants avaient subi un préjudice du fait que le ministère public ne s'était pas acquitté de ses obligations de communication. Selon lui, il n'existait aucune possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment s'il y avait eu communication; il n'y avait pas non plus de raison de conclure que l'omission du ministère public de communiquer des renseignements avait entraîné l'iniquité du processus de récusation péremptoire. Enfin, selon la Cour d'appel, on ne pouvait pas dire que la pratique de l'évaluation des candidats jurés ait créé une apparence d'iniquité qui ait entaché toute l'instance. En conséquence, le juge Watt a rejeté ce moyen d'appel. Il a également rejeté les moyens d'appel se rapportant aux erreurs qui auraient été commises dans les directives finales du juge du procès au jury.

[9] Devant la Cour, les appelants ne contestent plus le caractère adéquat des directives du juge du procès au jury. Les pourvois portent plutôt sur la question de l'évaluation des candidats jurés et sur la façon dont elle a été traitée par la Cour d'appel.

[10] En résumé, les appelants se plaignent que l'évaluation en cause, effectuée par la police à la demande du ministère public, était tout à fait abusive. Selon eux, elle a compromis l'intégrité du processus de sélection des jurés et il en a résulté un jury qui, sans nécessairement être favorable au ministère public, aurait très bien pu être composé différemment si les renseignements auxquels les appelants avaient droit leur avaient été communiqués.

[11] À un niveau plus fondamental, les appelants soutiennent que l'évaluation des candidats jurés effectuée par la police, de concert avec le ministère public, va à l'encontre de l'essence même de notre système de justice pénale et influe sur le caractère sacré du procès devant jury qui joue un rôle vital dans ce système. Ils affirment que cela fait planer le spectre de la subornation de jury et que, à ce titre, cela mérite la condamnation absolue de la Cour.

[12] Un des appelants assimile les faits de l'espèce à la situation dans *R. c. Latimer*, [1997] 1

S.C.R. 217, where the police, with the approval of the Crown, approached prospective jurors and asked them to complete a questionnaire setting out their views on a number of issues pertinent to the case. In *Latimer*, this Court found that the conduct of the Crown constituted a flagrant abuse of process and an interference with the administration of justice. This gave rise to an appearance of unfairness and necessitated a new trial. According to the appellants, the conduct of the police and the Crown in the present case led to an appearance of unfairness and resulted in a miscarriage of justice. Hence, they request a new trial.

[13] For the reasons that follow, I am unable to accede to the appellants' arguments.

[14] On the issue of trial fairness, I see no basis for interfering with the findings of the Court of Appeal on the impact — or more accurately, the lack of impact — that the jury vetting practice had on the jury selection process. The appellants received a fair trial by an impartial jury.

[15] As for the appearance of unfairness and the suggestion that the verdicts are the product of a miscarriage of justice, I readily acknowledge that aspects of the Crown's conduct were improper and should not be repeated. Nonetheless, I am not persuaded that what occurred here constituted a serious interference with the administration of justice, nor was it so offensive to the community's sense of fair play and decency that the proceedings should be set aside as a miscarriage of justice.

[16] It follows, in my view, that there is no basis for ordering a new trial. I would accordingly dismiss the appeals.

## II. Background

[17] The situation here is somewhat unique in that the Court of Appeal acted as a court of first instance in respect of the jury vetting issue. By that, I mean that the evidence pertinent to that issue

R.C.S. 217, affaire dans laquelle la police, avec l'approbation du ministère public, a demandé aux candidats jurés de remplir un questionnaire pour exposer leurs opinions sur un certain nombre de questions pertinentes dans cette affaire. Dans l'arrêt *Latimer*, la Cour a conclu que la conduite du ministère public constituait un abus de procédure flagrant et une entrave à l'administration de la justice. Cela créait une apparence d'iniquité et nécessitait la tenue d'un nouveau procès. Selon les appelants, la conduite de la police et du ministère public en l'espèce a engendré une apparence d'iniquité et entraîné une erreur judiciaire. Par conséquent, ils demandent la tenue d'un nouveau procès.

[13] Pour les motifs exposés ci-après, je ne puis souscrire aux arguments des appelants.

[14] En ce qui concerne l'équité du procès, je ne vois aucune raison de modifier les conclusions de la Cour d'appel relatives à l'incidence — ou, plus exactement, l'absence d'incidence — que l'évaluation des candidats jurés a eue sur le processus de sélection des jurés. Les appelants ont bénéficié d'un procès équitable devant un jury impartial.

[15] Quant à l'apparence d'iniquité et à l'argument selon lequel les verdicts sont le fruit d'une erreur judiciaire, je reconnais volontiers que certains aspects de la conduite du ministère public étaient inappropriés et ne devraient pas être répétés. Néanmoins, je ne suis pas persuadé que ce qui s'est passé en l'espèce constituait une entrave sérieuse à l'administration de la justice, ni que cela heurtait le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société au point où la procédure devrait être annulée pour cause d'erreur judiciaire.

[16] Il s'ensuit, selon moi, qu'il n'y a aucune raison d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter les pourvois.

## II. Contexte

[17] La situation en l'espèce est plutôt unique du fait que la Cour d'appel a agi comme un tribunal de première instance relativement à la question de l'évaluation des candidats jurés. Je veux dire par

was assembled by the parties and the court made its findings of fact and carried out its legal analysis on the basis of that record. In these circumstances, the findings of the Court of Appeal, like those of a trial court, are entitled to deference.

[18] The decision of the Court of Appeal is replete with detail and I see no need to replicate the court's thorough review of the background facts, nor its comprehensive review of the jury selection process as a whole.

[19] The jury vetting practice at issue occurred in the context of the appellants' joint trial on two counts of first degree murder and two counts of conspiracy to commit murder. The trial was conducted in Barrie, Ontario. It commenced in January 2005 and lasted nine months.

[20] On December 13, 2004, prior to the commencement of the jury selection process, someone from the Court Services Branch of the Ministry of the Attorney General for Ontario provided a copy of the jury panel lists to the Crown Attorney's office in Barrie. The person responsible for providing the lists failed to comply with s. 20 of the *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3, which forbids disclosure of jury panel lists "until ten days before the sittings of the court for which the panel has been drafted". The return date of the first panel in this case was set for January 24, 2005.

[21] Upon receiving the lists, an administrative assistant in the Crown Attorney's office sent a copy of them to every police force with jurisdiction in the Judicial District of Simcoe County. Accompanying the lists was a standard-form memorandum which read as follows:

Please check the attached jury panel list, for the persons listed in your locality, and advise if any of them have criminal records. We are not able to provide birth dates.

là que la preuve se rapportant à cette question a été réunie par les parties et que la cour a tiré ses conclusions de fait et a procédé à l'analyse juridique à la lumière de ce dossier. Dans ce contexte, les conclusions de la Cour d'appel, à l'instar de celles d'un tribunal de première instance, commandent la déférence.

[18] L'arrêt de la Cour d'appel regorge de détails et il me paraît inutile de reprendre l'examen approfondi du contexte factuel auquel elle s'est livrée ou son exposé exhaustif du processus de sélection des jurés dans son ensemble.

[19] La pratique en cause, soit l'évaluation des candidats jurés, a eu cours dans le cadre du procès conjoint des appelants relativement à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré et à deux chefs d'accusation de complot en vue de commettre un meurtre. Le procès s'est déroulé à Barrie, en Ontario. Il a débuté en janvier 2005 et a duré neuf mois.

[20] Le 13 décembre 2004, avant le début du processus de sélection des jurés, un employé de la Division des services aux tribunaux du ministère du Procureur général de l'Ontario a fourni une copie des tableaux des jurés au bureau des procureurs de la Couronne de Barrie. La personne chargée de fournir les tableaux n'a pas respecté l'art. 20 de la *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, ch. J.3, qui interdit la divulgation du tableau des jurés « avant les dix jours précédant la session pour laquelle le tableau a été choisi ». La date de retour du premier tableau des jurés en l'espèce avait été fixée au 24 janvier 2005.

[21] Lorsqu'elle a reçu les tableaux, une adjointe administrative du bureau du procureur de la Couronne en a envoyé une copie à chaque corps policier compétent du district judiciaire du comté de Simcoe. Les tableaux étaient accompagnés d'une note standard qui était libellée comme suit :

[TRADUCTION] Veuillez vérifier le tableau des jurés conjoint, pour ce qui est des personnes de votre localité qui y sont mentionnées, et nous indiquer si certaines d'entre elles ont un casier judiciaire. Nous ne sommes pas en mesure de vous fournir les dates de naissance.

It would also be helpful if comments could be made concerning any disreputable persons we would not want as a juror. All we can ask is that you do your best considering the lack of information available to us.

Please relay the information by telephone to [the Crown Attorney's telephone number] on or before Wednesday, January 12, 2005.

[22] Information obtained in response to the memorandum was recorded on a copy of the jury panel lists kept at the Crown Attorney's office.

[23] I pause here to note that as of December 14, 2004, when the standard-form memorandum was sent to the various police forces in the Judicial District of Simcoe County, the Criminal Law Division of the Ontario Ministry of the Attorney General had not yet issued a Practice Memorandum on the subject of juror background checks. It was not until April 26, 2005, some four months into the trial, that the *draft* of the Practice Memorandum, referred to as PM [2005] No. 17, was circulated by email to Crown Attorneys throughout the province of Ontario. PM [2005] No. 17 came into effect on March 31, 2006, long after the trial in this matter had been completed, and was circulated to Crown Attorneys, as well as other organizations such as the Criminal Lawyers' Association of Ontario and the Law Society of Upper Canada. The salient features of the Practice Memorandum are reproduced below:

In choosing a jury, both Crown counsel and defence should have access to the same background information material. To that end, results of criminal record checks of potential jurors, if obtained by Crown counsel, should be disclosed to defence counsel. Crown counsel should not request police to undertake any further or other investigation into the list of jurors. Crown counsel should not request police to conduct out-of-court investigations into private aspects of potential jurors' lives.

Any concrete information provided by police to Crown counsel suggesting that a prospective juror may not be

Il serait également utile que vous fassiez des commentaires au sujet des personnes peu recommandables dont nous ne voudrions pas comme jurés. Tout ce que nous vous demandons, c'est de faire de votre mieux compte tenu des renseignements qui nous manquent.

Veillez transmettre ces renseignements par téléphone au [numéro du procureur de la Couronne] d'ici le mercredi 12 janvier 2005.

[22] Les renseignements obtenus en réponse à la note ont été inscrits sur une copie des tableaux des jurés qui était conservée au bureau des procureurs de la Couronne.

[23] J'ouvre ici une parenthèse pour souligner que le 14 décembre 2004, date à laquelle la note standard a été envoyée aux divers corps policiers du district judiciaire du comté de Simcoe, la Direction des politiques en matière criminelle du ministère du Procureur général n'avait pas encore émis l'avis de pratique (PM) au sujet de la vérification des antécédents des jurés. Ce n'est que le 26 avril 2005, quelque quatre mois après le début du procès, que le *projet* d'avis de pratique, répertorié sous la référence PM [2005] n° 17, a été diffusé par courriel aux procureurs de la Couronne de la province de l'Ontario. Le PM [2005] n° 17 est entré en vigueur le 31 mars 2006, soit bien après la fin de l'instruction de la présente affaire et a été transmis aux procureurs de la Couronne ainsi qu'à d'autres organismes, notamment la Criminal Lawyers' Association of Ontario et le Barreau du Haut-Canada. Les points saillants de l'avis de pratique sont reproduits ci-après :

[TRADUCTION] Pour choisir le jury, le procureur de la Couronne et l'avocat de la défense devraient avoir tous deux accès aux mêmes renseignements concernant les antécédents. À cette fin, les résultats de la vérification du casier judiciaire des candidats jurés, si le procureur de la Couronne les obtient, devraient être communiqués à l'avocat de la défense. Le procureur de la Couronne ne devrait pas demander à la police de mener une enquête complémentaire ou supplémentaire sur les candidats figurant au tableau des jurés. Le procureur de la Couronne ne devrait pas demander à la police de mener des enquêtes extrajudiciaires sur des aspects privés de la vie des candidats jurés.

Tout renseignement concret que la police fournit au procureur de la Couronne qui laisse entendre qu'un

impartial should be disclosed to the defence. If background information relating to a prospective juror raises the issue of whether he/she is able to judge the case without bias, prejudice or partiality, Crown counsel should utilize the challenge for cause process to address these concerns. [Emphasis added.]

[24] The vetting practice undertaken in this case was not new. It had been in place since the late 1990s when it was discovered, in the context of an ongoing jury trial in *Barrie*, that a person who had been selected as a juror was in the process of serving an intermittent sentence for a hybrid offence (see *R. v. E.A.* (Ont. Ct. (Gen. Div.)), transcript of discussion on January 6, 1998 about jurors serving an intermittent sentence (respondent's authorities, vol. II, Tab 43, at pp. 34-38)). It is unclear whether the Crown in that case had proceeded by way of indictment so as to render the juror ineligible for jury duty under s. 4(b) of the *Juries Act* as it then read. Be that as it may, he had slipped through the cracks and the situation would have proved awkward, to say the least, if his sentencing obligations had prevented him from performing his jury duties.

[25] In the present case, vetting of the jury lists by the police in response to the Crown's memorandum netted information about a number of prospective jurors. For the most part, the information indicated that the person in question had no criminal record. In some instances, the prospective juror was referred to as a "victim/complainant". Other notations identified persons who "possibl[y]" had a criminal record or who may have been involved in a motor vehicle infraction.

[26] None of the information the Crown received about the prospective jurors was shared with the defence — at least not at the selection stage of the process. The record indicates that after the trial judge had excused a host of prospective jurors for reasons of personal hardship, and a challenge for

candidat juré n'est peut-être pas impartial devrait être communiqué à la défense. Si des renseignements concernant les antécédents d'un candidat juré soulèvent la question de savoir s'il est capable de juger l'affaire sans parti pris, préjugé ou partialité, le procureur de la Couronne devrait recourir à la récusation motivée afin de dissiper ces doutes. [Je souligne.]

[24] La pratique de l'évaluation adoptée en l'espèce n'était pas nouvelle. Elle était en place depuis la fin des années 1990, époque où l'on a découvert, durant un procès devant jury à *Barrie*, qu'une personne qui avait été choisie comme juré était en train de purger une peine discontinue pour une infraction mixte (voir *R. c. E.A.* (C. Ont. (Div. gén.)), transcription de la discussion du 6 janvier 1998 au sujet des jurés purgeant une peine discontinue (recueil de sources de l'intimée, vol. II, onglet 43, p. 34-38)). Le dossier dont nous disposons n'indique pas clairement si le ministère public avait intenté la poursuite par mise en accusation ce qui aurait rendu le juré inhabile à être membre d'un jury en application de l'al. 4b) de la *Loi sur les jurys* en vigueur à cette époque. Quoi qu'il en soit, il avait réussi à passer à travers les mailles du filet et la situation aurait été pour le moins embarrassante si les obligations rattachées à sa peine l'avaient empêché de remplir ses fonctions de juré.

[25] En l'espèce, l'évaluation des tableaux des jurés effectuée par la police en réponse à la note du ministère public a permis d'obtenir des renseignements au sujet d'un grand nombre de candidats jurés. Dans la plupart des cas, les renseignements indiquaient que la personne en question n'avait pas de casier judiciaire. Dans certains cas, le candidat juré était désigné [TRADUCTION] « victime/plaignant ». D'autres annotations se rapportaient à des personnes qui avaient [TRADUCTION] « possiblement » un casier judiciaire ou qui avaient peut-être commis une infraction relative à la conduite d'un véhicule à moteur.

[26] Aucun des renseignements qui ont été fournis au ministère public au sujet des candidats jurés n'a été communiqué à la défense — du moins pas à l'étape de la sélection. Selon le dossier, après que le juge du procès a dispensé un grand nombre de candidats jurés pour cause d'inconvénient personnel

cause on the basis of race had run its course, of the prospective jurors who remained in the pool at the peremptory stage of the proceedings, the Crown had information about 10 of them that it should have disclosed to the defence, but did not. Hence, the appellants entered the peremptory challenge phase of the process missing information that might have been useful in exercising their peremptory challenges.

[27] With respect to the 10 people in question, on my review of the record, of the three appellants before us, the appellant Yumnu is the only one who may have used a peremptory challenge that he might otherwise have saved had he received the disclosure to which he was entitled. That said, each of the appellants, including Mr. Yumnu, had one or more peremptory challenges remaining to him at the end of the selection process.

### III. Findings of the Court of Appeal

[28] As mentioned, the parties assembled a record for the Court of Appeal on the jury selection issue. On the basis of that record, the Court of Appeal made a number of findings that had a direct bearing on the outcome of the appeal. Those findings retain their importance at this stage and they are summarized below.

#### A. *Issue 1: The Effect of Non-Disclosure on Trial Fairness*

[29] First, the court reviewed the peremptory challenge phase of the process and determined that there was “no reasonable possibility that the jury would have been constituted differently had disclosure [of the pertinent information obtained from the vetting process] been made” (para. 122).

[30] Second, the court found that even though the Crown had not complied with its disclosure obligations, the defence knew or should have known

sérieux, et à la suite d’une demande de récusation motivée fondée sur la race, le ministère public détenait des renseignements sur 10 des candidats jurés qui demeuraient inscrits au tableau à l’étape des récusations péremptoires du processus, renseignements qu’il aurait dû communiquer à la défense, ce qu’il n’a pas fait. Par conséquent, les appelants ont amorcé l’étape des récusations péremptoires du processus privés de renseignements qui auraient pu leur être utiles pour exercer leur droit à ce type de récusation.

[27] En ce qui concerne ces 10 personnes, il ressort de l’examen du dossier que, parmi les trois appelants devant la Cour, M. Yumnu est le seul qui se serait peut-être prévalu d’une récusation péremptoire qu’il aurait pu conserver si les renseignements auxquels il avait droit lui avaient été communiqués. Cela dit, il restait à chacun des appelants, y compris à M. Yumnu, une ou plusieurs récusations péremptoires à la fin du processus de sélection.

### III. Les conclusions de la Cour d’appel

[28] Tel qu’il a été mentionné, les parties ont constitué un dossier pour la Cour d’appel relativement à la question de la sélection du jury. À la lumière de ce dossier, la Cour d’appel a tiré un certain nombre de conclusions qui ont eu une incidence directe sur l’issue de l’appel. Ces conclusions conservent toute leur importance à ce stade-ci et elles sont résumées ci-après.

#### A. *Question 1 : l’effet de la non-communication sur l’équité du procès*

[29] Premièrement, la Cour d’appel s’est penchée sur l’étape des récusations péremptoires du processus et a jugé qu’il n’existait [TRADUCTION] « aucune possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment s’il y avait eu communication [des renseignements pertinents obtenus lors du processus d’évaluation] » (par. 122).

[30] Deuxièmement, la cour a conclu que même si le ministère public ne s’était pas acquitté de ses obligations de communication, la défense était au



about the jury vetting practice no later than six weeks into the trial when the investigating officer's notebook was turned over to defence counsel. The production of the officer's notebook was not an attempt on the Crown's part to belatedly comply with its disclosure obligations. Nonetheless, the notes contained a complete inventory of the checks undertaken by the investigating officer, including the names of prospective jurors and the information he had obtained about them. The notes also revealed that several police databases had been accessed and that information had been obtained about some of the prospective jurors that went beyond the question of whether they had a criminal record.

[31] Against that backdrop, in assessing the impact of the Crown's failure to comply with its disclosure obligations on the overall fairness of the trial process, the court considered it significant that five experienced defence counsel did not raise the issue of non-disclosure with the trial judge, either when they received the officer's notebook or during the seven and a half months of trial that followed. Nor did counsel raise the issue at the outset of the appeal. Moreover, throughout the course of the appeal, trial counsel provided no information about what they knew (or did not know) about the record checks, nor did they offer an explanation for their failure to raise the disclosure issue in a timely fashion. I note parenthetically that the answers to those questions remain unsatisfactory to this day.

[32] In the end, the court refused to give effect to the appellants' submission that their right to a fair trial had been impaired by the failure of the Crown to meet its disclosure obligations. Watt J.A. put the matter succinctly as follows: "In this case, [the appellants] have failed to demonstrate a reasonable possibility that the non-disclosure affected either the outcome of the trial or the overall fairness of the trial process" (para. 107).

courant de la pratique d'évaluation des candidats jurés, ou aurait dû l'être, au plus tard six semaines après le début du procès, lorsque le calepin de l'enquêteur a été remis aux avocats de la défense. La production de ce calepin ne constituait pas une tentative de la part du ministère public de s'acquitter tardivement de ses obligations de communication. Néanmoins, les notes comportaient l'inventaire complet des vérifications effectuées par l'enquêteur, notamment les noms des candidats jurés et les renseignements qu'il avait obtenus à leur sujet. Les notes révélaient également que plusieurs bases de données de la police avaient été consultées et que certains renseignements obtenus au sujet de certains des candidats jurés débordaient le cadre de la question de savoir s'ils avaient un casier judiciaire.

[31] Dans ce contexte, lorsqu'elle a évalué l'incidence de l'omission du ministère public de s'acquitter de ses obligations de communication sur l'équité globale du procès, la cour a jugé significatif le fait que cinq avocats de la défense chevronnés n'ont pas soulevé la question de la non-communication devant le juge du procès, ni lorsqu'ils ont reçu le calepin de l'enquêteur ni durant les sept mois et demi de procès qui ont suivi. Les avocats n'ont pas non plus soulevé la question dès le début de l'appel. En outre, pendant toute la durée de l'appel, les avocats des parties au procès n'ont ni fourni des renseignements concernant ce qu'ils savaient (ou ne savaient pas) au sujet de la vérification des dossiers, ni expliqué pourquoi ils n'avaient pas soulevé la question de la communication en temps opportun. J'ouvre une parenthèse pour souligner que, à ce jour, les réponses à ces questions ne sont toujours pas satisfaisantes.

[32] En fin de compte, la Cour d'appel a refusé de retenir l'argument des appelants selon lequel l'omission du ministère public de s'acquitter de ses obligations de communication avait porté atteinte à leur droit à un procès équitable. Le juge Watt a donné succinctement l'explication que voici : [TRADUCTION] « En l'espèce, [les appelants] n'ont pas démontré l'existence d'une possibilité raisonnable que la non-communication ait influé sur l'issue ou l'équité globale du procès » (par. 107).

### B. *Issue 2: Appearance of Unfairness*

[33] Apart from defence counsel’s failure to raise the jury issue with the trial judge, the Court of Appeal made two critical findings concerning the conduct of the Crown and the police.

[34] First, the court found that despite the scope of the Crown’s request in the December 14, 2004 memorandum, “the purpose of the police inquiries was to determine whether a prospective juror had a criminal record” (para. 94). Second, the court found that in the circumstances, the conduct of the Crown and the police did not “reveal [a] colourable use of legitimate criminal record checks of prospective jurors to obtain a favourable jury” (para. 95).

[35] In the circumstances, the Court of Appeal declined to order a new trial on the basis of alleged improprieties surrounding the jury selection process. The Crown’s conduct, though improper in certain respects, was far less egregious than the conduct engaged in by the Crown and police in *Latimer* — and, in the court’s opinion, the jury vetting practice did not create an appearance of unfairness that necessitated a new trial.

### IV. Analysis: The Acceptable Bounds of Jury Vetting

[36] Jury vetting by the Crown and police is a risky business. It gives rise to a number of concerns — some more troublesome than others — but all worthy of consideration.

[37] Foremost among the concerns is the prospect of the Crown and police joining forces to obtain a jury favourable to their cause. Nothing could do more harm to the criminal justice system; nothing could more readily bring the administration of justice into disrepute.

### B. *Question 2 : l’apparence d’iniquité*

[33] Mis à part l’omission des avocats de la défense de soulever la question relative au jury devant le juge du procès, la Cour d’appel a tiré deux conclusions cruciales relativement à la conduite du ministère public et de la police.

[34] Premièrement, la cour a conclu que, malgré la portée de la demande du ministère public dans la note du 14 décembre 2004, [TRADUCTION] « les enquêtes policières avaient pour but de déterminer si un candidat juré avait un casier judiciaire » (par. 94). Deuxièmement, la cour a conclu que, dans les circonstances, la conduite du ministère public et de la police ne constituait pas « [une] utilisation détournée des vérifications légitimes du casier judiciaire des candidats jurés afin d’obtenir un jury favorable » (par. 95).

[35] Dans les circonstances, la Cour d’appel a refusé d’ordonner la tenue d’un nouveau procès parce que des irrégularités auraient entaché le processus de sélection des jurés. La conduite du ministère public, même si elle était inappropriée à certains égards, était beaucoup moins grave que la conduite reprochée au ministère public et à la police dans l’affaire *Latimer* — et, selon la cour, la pratique de l’évaluation des candidats jurés ne créait pas une apparence d’iniquité qui nécessitait la tenue d’un nouveau procès.

### IV. Analyse : les limites acceptables de l’évaluation des candidats jurés

[36] L’évaluation des candidats jurés par le ministère public et la police est un exercice périlleux. Elle suscite un grand nombre de préoccupations — certaines plus problématiques que d’autres —, mais toutes dignes d’être prises en considération.

[37] Au premier rang des préoccupations, il y a la perspective que le ministère public et la police unissent leurs efforts afin d’obtenir un jury favorable à leur cause. Rien ne pourrait causer un tort plus grand au système de justice pénale; rien ne pourrait davantage déconsidérer l’administration de la justice.

[38] The mere thought of the Crown and the police “checking out” potential jurors carries with it the spectre of jury tampering and the evils associated with it. Care must be taken to guard against this. The integrity of our criminal justice system hangs in the balance.

[39] Closely aligned with the first concern is the fundamental precept of our justice system that “justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done” (*per* Lord Hewart C.J. in *R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259).

[40] Appearances count. And regardless of the Crown’s good intentions, aligning itself with the police and using their vast resources to investigate potential jurors could be seen by some as incompatible with the Crown’s responsibility, as an officer of the court, to ensure that every accused receives a fair trial. Randomness and representativeness are two of the qualities we look for in juries. Widespread checking could give rise to a suggestion of stereotyping and arbitrariness in the selection process, particularly if it could be shown that peremptory challenges were being used to remove certain types or classes of people who would otherwise be eligible to serve as jurors.

[41] Another concern is juror privacy. Jurors give up much to perform their civic duty. In some instances, serving on a jury can be a difficult and draining experience. Long trials in particular can take a toll on an individual’s personal and professional life.

[42] Jury duty is precisely that — a duty. People are not asked to volunteer; they are selected at random and required to serve unless they are otherwise exempted or excused. Once selected, jurors become judges of the facts. Their personal lives at

[38] La seule pensée que le ministère public et la police effectuent des vérifications sur les candidats jurés fait naître le spectre de la subornation de jury et les maux qui lui sont associés. Il faut prendre soin d’éviter cela. L’intégrité de notre système de justice pénale est en jeu.

[39] Le précepte fondamental de notre système de justice selon lequel [TRADUCTION] « il est essentiel que non seulement justice soit rendue, mais également que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue » (comme l’a dit le lord juge en chef Hewart dans *R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, p. 259) est étroitement lié au premier sujet de préoccupation.

[40] Les apparences comptent. Or, en dépit des bonnes intentions du ministère public, certains pourraient considérer que le fait de s’affilier à la police et d’utiliser ses vastes ressources pour enquêter sur les candidats jurés est incompatible avec la responsabilité qui lui incombe, à titre d’auxiliaire judiciaire, de s’assurer que chaque accusé bénéficie d’un procès équitable. Le caractère aléatoire et la représentativité sont deux qualités qu’on recherche chez un jury. Des vérifications à grande échelle pourraient donner à penser que le processus de sélection repose sur des caractéristiques stéréotypées ou arbitraires, particulièrement s’il pouvait être démontré que des récusations péremptoires ont servi à écarter certains types ou certaines catégories de personnes qui, sinon, auraient été habiles à remplir les fonctions de juré.

[41] Un autre sujet de préoccupation concerne la vie privée des jurés. En effet, ces derniers renoncent à beaucoup de choses pour accomplir leur devoir civique. Dans certains cas, faire partie d’un jury peut se révéler une expérience difficile et épuisante. Les longs procès, en particulier, peuvent avoir des effets négatifs sur la vie personnelle et professionnelle d’une personne.

[42] Le devoir de juré est précisément cela — un devoir. On ne demande pas aux gens de se porter volontaires; ils sont choisis aléatoirement et sont obligés de remplir les fonctions de juré sauf s’ils en sont dispensés. Lorsqu’ils ont été choisis, les jurés

that point are no more relevant than that of the presiding judge.

[43] Jurors deserve to be treated with respect. Subject to a few narrow exceptions, they are entitled to know that their privacy interests will be preserved and protected. I note that the subject of prospective jurors' privacy was addressed in a recent report of Ontario's Information and Privacy Commissioner, Ann Cavoukian: see *Excessive Background Checks Conducted on Prospective Jurors: A Special Investigation Report* (2009) ("IPC Report").

[44] The concerns that I have identified are very real and they are to be taken seriously. There are, however, countervailing interests at play that warrant some limited checking and some minimal intrusion into the private lives of potential jurors.

[45] Manifestly, only those persons eligible to serve as jurors should be permitted to participate in the process. Impartiality is equally essential. Those who serve as jurors must be capable of putting aside their biases, prejudices, and any tentative opinions they might hold about the case. In short, they must be able to render a true verdict according to the evidence.

[46] Section 626(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that "[a] person who is qualified as a juror according to . . . the laws of a province is qualified to serve as a juror in criminal proceedings in that province." Each province and territory in Canada has its own eligibility criteria for jurors. In Ontario, the province from which the present appeals originate, s. 4(b) of the *Juries Act* currently states that anyone who "has been convicted of an offence that may be prosecuted by indictment" and who has not been granted a pardon for that conviction, is ineligible to serve as a juror. I note that until 2010, s. 4(b) of the *Juries Act* provided that a person was ineligible to serve as a juror in Ontario if he or she "ha[d] been convicted of an indictable offence" and had not been granted a pardon. In the case of a hybrid offence,

deviennent les juges des faits. Leur vie personnelle n'est dès lors pas plus pertinente que celle du juge qui préside l'audience.

[43] Les jurés méritent d'être traités avec respect. Sous réserve de quelques exceptions bien précises, ils sont en droit de savoir que leur droit à la vie privée sera préservé et protégé. Je note que le sujet de la vie privée des candidats jurés a été traité dans un rapport récent de la commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Ann Cavoukian : voir *Excessive Background Checks Conducted on Prospective Jurors : A Special Investigation Report* (2009) (« rapport de la CIPVP »).

[44] Les préoccupations dont j'ai parlé sont bien réelles et doivent être prises au sérieux. Cependant, des intérêts opposés entrent également en jeu et justifient quelques vérifications limitées et une intrusion minimale dans la vie privée des candidats jurés.

[45] De toute évidence, seules les personnes habiles à remplir les fonctions de juré devraient être autorisées à participer au processus. L'impartialité est également essentielle. Celui qui remplit les fonctions de juré doit être capable de faire abstraction de tout parti pris, préjugé ou idée préconçue à l'égard de l'affaire. Bref, il doit être capable de rendre un verdict juste à la lumière de la preuve.

[46] Le paragraphe 626(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, prévoit que « [s]ont aptes aux fonctions de juré dans des procédures criminelles engagées dans une province les personnes qui remplissent les conditions déterminées par la loi provinciale applicable ». Chaque province et territoire du Canada a ses propres critères d'admissibilité pour les jurés. En Ontario, la province d'où émanent les présents pourvois, l'al. 4b) de la *Loi sur les jurys* prévoit actuellement qu'une personne qui « a été déclarée coupable d'une infraction qui peut faire l'objet d'une poursuite par voie de mise en accusation » et qui n'a pas bénéficié d'un pardon relativement à cette déclaration de culpabilité est inhabile à être membre d'un jury. Je note que jusqu'en 2010, l'al. 4b) de la *Loi sur les jurys* prévoyait qu'une personne était inhabile à être membre

this was interpreted to mean a conviction where the prosecutor chose to proceed by indictment (see IPC Report, at pp. 33-34). In 2010, the *Juries Act* was amended to broaden the scope of juror ineligibility (S.O. 2009, c. 33, Sch. 2, s. 38(1)). This amendment addressed the problem that criminal record databases do not record whether, in respect of hybrid offences, the Crown proceeded by way of summary conviction or by indictment. Other provinces have different eligibility requirements, including some that preclude persons “charged” with a criminal offence from serving on a jury. For instance, individuals are ineligible to serve as jurors: in Alberta, if “charged with a criminal offence” (*Jury Act*, R.S.A. 2000, c. J-3, s. 4(h)(ii)); in British Columbia, if “currently charged with an offence under the *Criminal Code*” (*Jury Act*, R.S.B.C. 1996, c. 242, s. 3(1)(q)); in Newfoundland and Labrador, if charged with an indictable offence (*Jury Act, 1991*, S.N.L. 1991, c. 16, s. 5(m)); and in Quebec, if charged or convicted of a “criminal act” (an indictable offence) (*Jurors Act*, R.S.Q., c. J-2, s. 4(j)) (for the relevant legislation in the other provinces and territories, see: *The Jury Act, 1998*, S.S. 1998, c. J-4.2, s. 6(h); *The Jury Act, C.C.S.M.* c. J30, s. 3(p) and (r); *Jury Act*, S.N.B. 1980, c. J-3.1, s. 3(r); *Juries Act*, S.N.S. 1998, c. 16, s. 4(e); *Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. J-5.1, s. 5(i); *Jury Act*, R.S.Y. 2002, c. 129, s. 5(a) and (b); *Jury Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. J-2, s. 5(a); and *Jury Act*, R.S.N.W.T. (Nu.) 1988, c. J-2, s. 5(a)).

[47] Under s. 638(1)(c) of the *Code*, either the prosecutor or the accused may challenge a potential juror for cause on the basis that “[the] juror has been convicted of an offence for which he was sentenced to death or to a term of imprisonment exceeding twelve months”.

d’un jury en Ontario si elle « a[vait] été déclarée coupable d’un acte criminel » et n’avait pas bénéficié d’un pardon. Dans le cas de l’infraction mixte, cette disposition a été interprétée au sens de déclaration de culpabilité dans le cas où le poursuivant a choisi d’intenter une poursuite par mise en accusation (voir rapport de la CIPVP, p. 33-34). En 2010, la *Loi sur les jurys* a été modifiée afin d’élargir la portée de l’inhabilité à exercer la fonction de juré (L.O. 2009, ch. 33, ann. 2, par. 38(1)). Cette modification a réglé le problème découlant du fait que les bases de données des casiers judiciaires n’indiquent pas si, dans le cas d’une infraction mixte, le ministère public a intenté une poursuite par procédure sommaire ou par mise en accusation. D’autres provinces ont des conditions d’admissibilité différentes, notamment certaines qui empêchent les personnes « accusées » d’une infraction criminelle de remplir les fonctions de juré. Par exemple, un individu est inhabile à être juré : en Alberta, s’il est [TRADUCTION] « accusé d’une infraction criminelle » (*Jury Act*, R.S.A. 2000, ch. J-3, sous-al. 4h)(ii)); en Colombie-Britannique, [TRADUCTION] « contre qui pèse une accusation portée en vertu du *Code criminel* » (*Jury Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 242, al. 3(1)q); à Terre-Neuve-et-Labrador, s’il est accusé d’un acte criminel (*Jury Act, 1991*, S.N.L. 1991, ch. 16, al. 5m)); au Québec, s’il est sous le coup d’une accusation pour un « acte criminel » ou qui en a été déclaré coupable (*Loi sur les jurés*, L.R.Q., ch. J-2, al. 4j)) (pour ce qui est de la législation pertinente dans les autres provinces et territoires, voir : *Loi de 1998 sur le jury*, L.S. 1998, ch. J-4,2, al. 6h); *Loi sur les jurés*, C.P.L.M. ch. J30, al. 3p) et r); *Loi sur les jurés*, L.N.-B. 1980, ch. J-3.1, al. 3r); *Juries Act*, S.N.S. 1998, ch. 16, al. 4e); *Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-5.1, al. 5i); *Loi sur le jury*, L.R.Y. 2002, ch. 129, al. 5a) et b); *Loi sur le jury*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. J-2, al. 5a); *Loi sur le jury*, L.R.T.N.-O. (Nu.) 1988, ch. J-2, al. 5a)).

[47] Aux termes de l’al. 638(1)c) du *Code*, le poursuivant ou l’accusé peut récuser un candidat juré au motif que celui-ci « a été déclaré coupable d’une infraction pour laquelle il a été condamné à mort ou à un emprisonnement de plus de douze mois ».

[48] As is apparent, under provincial statutes and the *Criminal Code*, a potential juror's criminal antecedents — and in some instances, his or her pending charges — may render that person ineligible for jury duty or result in his or her removal from the jury pool following a successful challenge for cause. Self-reporting is one way of screening potential jurors who, by virtue of their involvement with the criminal law, are ineligible under provincial law from serving as jurors. In Ontario, at the time of the appellants' trial, a self-reporting questionnaire was sent to potential jurors asking:

7. HAVE YOU BEEN CONVICTED OF AN INDICTABLE OFFENCE FOR WHICH YOU HAVE NOT BEEN GRANTED A PARDON?

An indictable offence is a serious offence and does not include violations of provincial statutes such as traffic and liquor laws. Nor are some Criminal Code offences indictable; for example, causing a disturbance, taking a motor vehicle without the owner's consent and vagrancy are not indictable offences. A person who has been convicted of an indictable offence is ineligible to serve as a juror, unless he or she has subsequently been granted a pardon.

(IPC Report, Appendix 8)

[49] While useful, self-reporting has proved to be less than satisfactory. Under the regime that existed when the trial in this case was conducted, potential jurors may not have known whether the offence for which they had been convicted was an indictable offence (which would have included a hybrid offence only if the Crown had proceeded by way of indictment). Following the IPC Report in 2009 in Ontario, along with the amendment of the *Juries Act*, the self-reporting questionnaire has been improved and provides a more comprehensive explanation of what constitutes an indictable offence (see R.R.O. 1990, Reg. 680, Form 1, "Questionnaire about Qualifications for Jury Service"). Even with that, there is no certainty that prospective jurors will read the explanatory notes;

[48] Comme on le constate, aux termes de lois provinciales et du *Code criminel*, les antécédents criminels d'un candidat juré — et, dans certains cas, les accusations qui pèsent contre lui — peuvent le rendre inhabile à remplir les fonctions de juré ou entraîner son retrait du bassin des candidats jurés par suite d'une récusation motivée. La déclaration volontaire est une manière d'écartier les candidats jurés qui, en raison de leurs démêlés avec la justice, sont inhabiles à remplir les fonctions de juré en vertu d'une loi provinciale. En Ontario, au moment du procès des appelants, un questionnaire de déclaration volontaire envoyé aux candidats jurés leur posait la question suivante :

7. AVEZ-VOUS DÉJÀ ÉTÉ RECONNU(E) COUPABLE D'UN ACTE CRIMINEL POUR LEQUEL UN PARDON NE VOUS A PAS ÉTÉ ACCORDÉ?

Un acte criminel est une infraction criminelle grave, à l'exclusion des contraventions aux lois provinciales telles que les lois relatives à la circulation et à l'alcool. Quelques infractions au Code criminel ne constituent pas des actes criminels, par exemple, le fait de troubler la paix publique, la prise d'un véhicule à moteur sans le consentement du propriétaire et le vagabondage ne constituent pas des actes criminels. Une personne est inhabile à remplir les fonctions de juré si elle a été reconnue coupable d'un acte criminel, sauf si un pardon lui a été accordé par la suite.

(Rapport de la CIPVP, annexe 8)

[49] Malgré son utilité, la déclaration volontaire ne s'est pas révélée très satisfaisante. Sous le régime en vigueur lors de la tenue du procès en l'espèce, il se peut que les candidats jurés n'aient pas su si l'infraction dont ils avaient été reconnus coupables était un acte criminel (qui aurait englobé l'infraction mixte seulement si le ministère public avait intenté la poursuite par mise en accusation). À la suite du rapport de la CIPVP déposé en Ontario en 2009, en plus des modifications apportées à la *Loi sur les jurys*, le questionnaire de déclaration volontaire a été amélioré et explique de façon plus exhaustive ce qui constitue un acte criminel (voir R.R.O. 1990, Règl. 680, formule 1, « Questionnaire concernant les qualités requises pour remplir les fonctions de juré »). Malgré cela, il n'y a aucune

nor is it clear that those who do will fully understand them. Well-intentioned individuals may still provide inaccurate information. Moreover, the explanatory notes leave out broad categories of offences that could give rise to indictable convictions, such as income tax evasion. And finally, as reporting procedures are not uniform throughout the country, some are likely to produce more accurate responses than others. In short, self-reporting can result in relevant criminal background information slipping through the cracks. It is not a substitute for criminal record checks.

[50] It follows, in my view, that absent legislation to the contrary, the authorities should be permitted to do criminal record checks on potential jurors to determine whether they are eligible to serve as jurors under provincial law and/or whether they may be subject to a challenge for cause under s. 638(1)(c) of the *Code*. In those provinces where the eligibility criteria cover persons who have been charged with a criminal offence, this too is something the authorities may properly check for.

[51] In that narrow sense, I consider it permissible for the Crown, with the assistance of the police, to do limited background checks using police databases to identify potential jurors who, by virtue of their criminal conduct, are not eligible for jury duty under provincial law or who are subject to being challenged for cause under s. 638(1)(c) of the *Code*. I recognize that the defence bar does not have the same prerogative. It cannot avail itself of the information stored in police databases. But any resulting imbalance is, in my view, overcome by the disclosure obligations placed on the Crown. Information received by the Crown that is relevant to the jury selection process must be turned over to the defence, thereby restoring the balance.

certitude que les candidats jurés liront les notes explicatives, ni que ceux qui les liront les comprendront parfaitement. Des individus bien intentionnés pourraient tout de même fournir des renseignements inexacts. Qui plus est, les notes explicatives laissent de côté de grandes catégories d'infractions qui pourraient entraîner une condamnation pour acte criminel, notamment celle relative à l'évasion fiscale. Enfin, comme les procédures de déclaration ne sont pas uniformes partout au Canada, certaines d'entre elles sont susceptibles de donner lieu à des réponses plus exactes que d'autres. Bref, la déclaration volontaire peut laisser passer à travers les mailles du filet des renseignements pertinents relatifs aux antécédents criminels. Elle ne remplace pas la vérification du casier judiciaire.

[50] Il s'ensuit, selon moi, que, sauf disposition contraire de la loi, les autorités devraient pouvoir vérifier le casier judiciaire des candidats jurés afin de déterminer s'ils sont habiles à remplir les fonctions de juré aux termes d'une loi provinciale ou s'ils sont susceptibles de faire l'objet d'une récusation motivée fondée sur l'al. 638(1)c) du *Code*. Dans les provinces où les critères d'admissibilité s'appliquent aux personnes qui ont été accusées d'une infraction criminelle, les autorités peuvent également vérifier ce fait à juste titre.

[51] Dans ce sens strict, j'estime que le ministère public est autorisé à effectuer, avec l'aide de la police, des vérifications limitées des antécédents au moyen des bases de données de cette dernière afin d'identifier les candidats jurés qui, en raison de leur conduite criminelle, sont inhabiles à remplir les fonctions de juré aux termes d'une loi provinciale ou qui sont susceptibles de faire l'objet d'une récusation motivée fondée sur l'al. 638(1)c) du *Code*. Je reconnais que l'avocat de la défense ne bénéficie pas de la même prerogative. Il ne peut se servir des renseignements colligés dans les bases de données de la police. Toutefois, tout déséquilibre engendré est, à mon avis, compensé par les obligations de communication qui incombent au ministère public. Les renseignements reçus par le ministère public qui sont pertinents pour le processus de sélection des jurés doivent être transmis à la défense, ce qui rétablit l'équilibre.

[52] I also recognize that the Crown and the police are separate entities and that the police ought not to be seen as Crown agents tasked with the responsibility of investigating potential jurors for partiality, much less obtaining a jury favourable to the Crown's cause. But any perception of impropriety must be assessed in context, which in this case means taking into account the circumscribed nature of the police mandate and the important objective it serves. Viewed that way, I do not believe that a reasonable member of society would find it offensive for the Crown and the police to engage in the limited form of checking I consider permissible.

[53] In the course of performing valid criminal background checks through the use of police databases, the authorities may inadvertently come across information that falls outside the scope of the provincial eligibility criteria or the criteria specified in s. 638(1)(c) of the *Code*. For example, in Ontario, the authorities may learn that a prospective juror does not have a criminal record but that he or she is presently charged with a criminal offence, or perhaps even a provincial offence, that may render the prospective juror unsuitable or raise concerns about his or her ability to remain impartial. Equally, a database scan may reveal a potential juror's prior conviction for a pure summary offence (not captured by s. 4(b) of Ontario's *Juries Act* or s. 638(1)(c) of the *Code*) for which the person is currently serving an intermittent sentence, thereby calling into question his or her suitability for jury duty. Alternatively, the authorities may discover that a potential juror has been a complainant on a prior occasion and may, for that reason, find it difficult to remain impartial, either generally or in the particular circumstances of the case at hand.

[54] The authorities cannot set out to find this type of information — but if it comes to their attention in the course of performing valid criminal background checks, they need not turn a blind eye to it. It could form the basis for any of the following procedures in the courtroom:

[52] Je reconnais également que la police est une entité distincte du ministère public et ne doit pas être considérée comme un mandataire de ce dernier ayant pour mission de vérifier l'impartialité des candidats jurés, et encore moins de veiller à la constitution d'un jury bien disposé envers le ministère public. Il importe toutefois d'examiner en contexte toute perception d'irrégularité, ce qui suppose, en l'espèce, la prise en compte de l'étroitesse du mandat confié à la police et de l'importance des objectifs qu'il vise. Je ne crois pas qu'une personne raisonnable voyant les choses sous cet angle jugerait inconvenant que le ministère public et la police procèdent au type de vérification restreinte qui est, selon moi, acceptable.

[53] En effectuant des vérifications valides d'antécédents criminels au moyen des bases de données de la police, les autorités peuvent recueillir par inadvertance des renseignements qui débordent du cadre établi par les critères provinciaux en matière d'habilité ou les critères énoncés à l'al. 638(1)c) du *Code*. Par exemple, en Ontario, les autorités pourraient apprendre qu'un candidat juré n'a pas de casier judiciaire, mais qu'il est actuellement inculpé d'une infraction criminelle, ou peut-être même d'une infraction provinciale, pouvant le rendre inapte ou susciter des doutes concernant sa capacité de demeurer impartial. De même, une recherche dans une base de données peut révéler qu'un candidat juré a été condamné pour une infraction punissable seulement sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire (situation non visée par l'al. 4b) de la *Loi sur les jurys* de l'Ontario ou l'al. 638(1)c) du *Code* et purge une peine discontinuée, ce qui pourrait compromettre son aptitude à siéger comme juré. Les autorités peuvent aussi découvrir qu'un candidat juré a déjà été plaignant et qu'il peut lui être difficile, pour cette raison, de demeurer impartial, soit de façon générale soit dans l'affaire particulière qui sera instruite.

[54] Les autorités ne peuvent chercher à obtenir ce type de renseignements, mais s'il en ressort dans le cadre de vérifications d'antécédents criminels valablement effectuées, elles n'ont pas à s'en détourner. Ces renseignements peuvent servir aux démarches suivantes lors de l'instruction :



- |  |   |
|--|---|
| <p>(1) a request to the trial judge to excuse the juror under s. 632(a) to (c) of the <i>Code</i> on grounds of obvious partiality, personal hardship, or other reasonable cause;</p>            | <p>(1) une demande fondée sur les al. 632a) à c) du <i>Code</i> visant à dispenser un juré pour partialité évidente, inconvéniement personnel sérieux ou pour une autre raison valable;</p>               |
| <p>(2) a request to the trial judge to stand the juror aside under s. 633 of the <i>Code</i> for reasons of personal hardship or any other reasonable cause, including potential partiality;</p> | <p>(2) une demande fondée sur l'art. 633 du <i>Code</i> visant la mise à l'écart du juré pour inconvéniement personnel sérieux ou pour toute autre raison valable, dont la possibilité de partialité;</p> |
| <p>(3) a request to challenge a juror for cause for any of the reasons set out in s. 638(1)(a) to (f) of the <i>Code</i>; and</p>  | <p>(3) une demande visant la récusation d'un juré pour l'un des motifs prévus aux al. 638(1)a) à f) du <i>Code</i>;</p>   |
| <p>(4) a reason to exercise or refrain from exercising a peremptory challenge under ss. 634 and 635 of the <i>Code</i>.</p>  | <p>(4) la décision de procéder ou non à la récusation péremptoire en application des art. 634 et 635 du <i>Code</i>.</p>  |

[55] Of course, it goes without saying that any information the authorities obtain that is relevant to the jury selection process must be disclosed to the defence. This would include information relevant to eligibility, s. 638(1)(c) and any of the other matters I have identified.

[55] Il va sans dire, bien sûr, que les autorités doivent communiquer à la défense tout renseignement obtenu qui est pertinent pour le processus de sélection des jurés, ce qui inclut les renseignements se rapportant à l'habilité, à l'application de l'al. 638(1)c) et à tous les autres éléments que j'ai mentionnés.

[56] Checking for a prospective juror's criminal record is not as easy as one might think. As Watt J.A. observed, at para. 92, jury panel lists lack crucial information the authorities need to ensure that the results of inquiries made through the various databases available to them are accurate. The more information the authorities have about the prospective juror — and by that I am referring to details such as full name, date of birth, fingerprint search number, and so on — the less intrusive the search need be. Access to one database, most likely the Canadian Police Information Centre (“CPIC”), will usually be all that is required.

[56] La vérification du casier judiciaire d'un candidat juré n'est pas aussi facile qu'on pourrait le penser. Comme l'a fait remarquer le juge Watt, au par. 92, d'importants renseignements, nécessaires pour assurer l'exactitude des résultats des recherches effectuées au moyen des diverses bases de données dont disposent les autorités, ne figurent pas aux tableaux des jurés. Plus les autorités possèdent de renseignements au sujet du candidat juré — et je parle ici de précisions comme le nom complet, la date de naissance, le numéro de recherche d'empreintes digitales, etc. — moins les recherches à effectuer seront intrusives. La consultation d'une seule base de données, probablement celle du Centre d'information de la police canadienne (« CIPC »), suffira habituellement.

[57] Contrast this with the situation where the authorities have virtually no information about the prospective juror other than his or her name and occupation. To be sure, this is problematic, especially when the individual has a common name.

[57] À l'opposé, la situation où les autorités n'ont pratiquement aucun autre renseignement que le nom et la profession du candidat juré est certainement problématique, en particulier lorsque le candidat porte un nom répandu. Le recoupement et la

Cross-referencing and cross-checking through the use of multiple databases may be the only means the authorities have to ensure that the right person is being checked. And even then, there can be no guarantees.

[58] Of course, the more databases accessed, the more likely it is that the authorities will come upon information that goes beyond a particular province's eligibility criteria as it relates to prior or ongoing criminal activity, or the criteria needed to bring a challenge for cause under s. 638(1)(c) of the *Code*. In other words, the broader the search, the greater the intrusion into the prospective juror's privacy interests.

[59] In an ideal world, it would be preferable if the persons doing the checking had available to them the information needed to do pinpoint searches through a single database. That would be one way of better protecting the privacy interests of prospective jurors.

[60] Ontario has taken some steps in this regard following the release of the IPC Report. Without going into detail, under s. 18.2 of the *Juries Act* (enacted in 2010, see S.O. 2009, c. 33, Sch. 2, s. 38(2)), the sheriff may request that a criminal record check be conducted using the CPIC database, on any person selected for inclusion on a jury panel. A questionnaire completed by the prospective juror and sent to the Provincial Jury Centre contains personal information that enables the Centre to engage in pinpoint searches.

[61] According to the Crown, such searches are conducted on a random basis and only cover about 10 percent of the names on panel lists (R.F., at para. 85, fn. 37). As such, they do not provide certainty that persons who are ineligible under s. 4(b) of the *Juries Act* or subject to being challenged under s. 638(1)(c) of the *Code* will be detected. Moreover, there is no legislative equivalent to s. 18.2 of the Ontario *Juries Act* in the territories and most of the other provinces.

contre-vérification au moyen de plusieurs bases de données peuvent être la seule façon pour les autorités de s'assurer que la recherche porte sur la bonne personne. Et même là, il n'existe aucune garantie.

[58] Bien entendu, plus les autorités consultent de bases de données plus elles sont susceptibles de découvrir des renseignements sortant du cadre établi par les critères relatifs à l'habilité des jurés dans une province donnée se rapportant à des activités criminelles passées ou actuelles ou par les critères applicables à la récusation pour le motif prévu à l'al. 638(1)c) du *Code*. Autrement dit, plus la recherche sera large plus l'atteinte au droit à la vie privée du candidat juré sera importante.

[59] Idéalement, il serait préférable que les personnes procédant à la vérification disposent des renseignements nécessaires pour effectuer des recherches précises dans une seule base de données. Ce serait là une façon de mieux protéger le droit à la vie privée des candidats jurés.

[60] L'Ontario a pris des mesures en ce sens par suite de la publication du rapport de la CIPVP. Sans entrer dans les détails, disons qu'aux termes de l'art. 18.2 de la *Loi sur les jurys* (entrée en vigueur en 2010, voir L.O. 2009, ch. 33, ann. 2, par. 38(2)), le shérif peut demander une vérification du casier judiciaire au moyen de la base de données du CIPC à l'égard de toute personne sélectionnée pour inscription à un tableau des jurés. Le questionnaire rempli par le candidat juré puis transmis au Bureau provincial de la sélection des jurés contient des renseignements personnels qui permettent à ce dernier d'effectuer des recherches précises.

[61] Selon le ministère public, ces recherches sont effectuées de façon aléatoire et elles ne portent que sur environ 10 pour 100 des noms figurant aux tableaux des jurés (m.i., par. 85, note 37). Elles ne peuvent donc garantir la détection des personnes inhabiles aux termes de l'al. 4b) de la *Loi sur les jurys* ou susceptibles d'être récusées en application de l'al. 638(1)c) du *Code*. En outre, les territoires et la plupart des autres provinces ne possèdent pas de disposition analogue à l'art. 18.2 de la *Loi sur les jurys* ontarienne.

[62] I propose to say no more about s. 18.2 of the *Juries Act*. Its impact, if any, on the Crown's right to have limited background checks conducted on potential jurors through the use of police databases is not before us. Nor is it our mandate to consider solutions that might better preserve and protect the privacy interests of prospective jurors, including the personnel who should be doing the checking and the means by which they may gain access to the pertinent information. Our task is to determine whether it was permissible for the authorities to perform the checks they did in the instant case and, if so, to what extent and for what purposes.

[63] The case before us deals with background prospective juror checks conducted through the use of police databases. For reasons already discussed, absent legislation to the contrary, I am satisfied that the authorities can use such databases to discover whether prospective jurors have engaged in criminal conduct that would render them ineligible to serve as a juror under provincial law, or subject them to a challenge for cause under s. 638(1)(c) of the *Code*. As well, absent legislation to the contrary, I am of the view that the authorities are entitled to access multiple databases, where necessary, to uncover the requisite information. As indicated, where this leads to the inadvertent discovery of other information that may be relevant to the jury selection process, the authorities need not turn a blind eye to it. It should be conveyed to the Crown and disclosed to the defence. That will go some way towards achieving the level playing field that should exist between the Crown and the defence during the jury selection process.

[64] To be clear, when I speak of information that is relevant to the jury selection process, I am *not* talking about matters of public knowledge, such as a prospective juror's general reputation in the community, nor am I referring to such things as feelings, hunches, suspicions, innuendo, or other such amorphous information. I am speaking rather about

[62] Je m'en tiendrai à cela au sujet de l'art. 18.2 de la *Loi sur les jurys*. La question de l'effet de cette disposition, le cas échéant, sur le droit du ministère public de faire vérifier les antécédents de candidats jurés au moyen de bases de données de la police ne nous a pas été soumise. Il ne nous appartient pas non plus d'envisager des solutions propres à mieux protéger le droit à la vie privée des candidats jurés, y compris des solutions quant au personnel à qui confier la vérification et quant aux moyens par lesquels il peut avoir accès aux renseignements pertinents. Notre tâche consiste à établir si les autorités pouvaient effectuer les vérifications qui ont été faites en l'espèce et, si oui, dans quelle mesure et à quelles fins.

[63] L'affaire qui nous occupe porte sur la vérification des antécédents des candidats jurés qui a été effectuée en utilisant les bases de données de la police. Pour les raisons déjà exposées, en l'absence de disposition contraire de la loi, je suis convaincu que les autorités peuvent se servir de telles bases de données pour découvrir si les candidats jurés se sont livrés à des activités criminelles qui les rendraient inhabiles à remplir les fonctions de juré en vertu d'une loi provinciale ou les exposeraient à une récusation motivée en vertu de l'al. 638(1)(c) du *Code*. En l'absence de disposition contraire de la loi, j'estime en outre que les autorités ont le droit de consulter plusieurs bases de données, au besoin, pour découvrir les renseignements nécessaires. Comme je l'ai indiqué, lorsque ces démarches entraînent la découverte fortuite d'autres renseignements pouvant s'avérer pertinents pour le processus de sélection des jurés, les autorités n'ont pas à s'en détourner. Ces renseignements doivent être transmis au ministère public et communiqués à la défense. Cela contribuera à ce que ces derniers soient à armes égales dans le cadre du processus de sélection des jurés.

[64] En clair, lorsque je parle de renseignements qui sont pertinents pour le processus de sélection des jurés, je ne parle *pas* d'information de notoriété publique, telle la réputation générale du candidat juré au sein de la collectivité, ni d'impressions, d'intuitions, de soupçons, d'insinuations ou d'autres types de renseignements informels. Je parle plutôt

information that rises above the general and is both reasonably accurate and reliably based. At para. 76 of his reasons for the Court of Appeal, Watt J.A. made the following observation about the disclosure obligations of the Crown, with which I agree:

The disclosure obligations of the prosecutor are well defined. Circumscribed, not infinite. Those obligations are not co-extensive with the entire storehouse of information, knowledge and experience, in brief the stock-in-trade a prosecutor may acquire by exposure to daily appearances in the courts and interactions with the police, witnesses, victims and the communities at large in their jurisdiction. Equality of knowledge and community intelligence, like equivalence in skill and experience as between opposing counsel in a criminal trial, is not a constitutional requirement or a principle of fundamental justice.

[65] The question of there being a reciprocal obligation on the part of the defence to disclose information in its possession that could impact on the jury selection process was raised only tangentially on this appeal. It was not fully argued. Accordingly, I propose to limit my remarks to two situations where it is self-evident that defence counsel, as officers of the court, must make disclosure to both the court and Crown counsel to preserve the integrity of the process.

[66] First, where defence counsel know or have good reason to believe that a potential juror has engaged in criminal conduct that renders him or her ineligible for jury duty under provincial law or subject to being challenged for cause under s. 638(1)(c) of the *Code*, this should be disclosed.

[67] Second, where defence counsel know or have good reason to believe that a potential juror cannot serve on a particular case due to matters of obvious partiality, this too should be disclosed.

[68] The second situation comports with Rule 4.05 of the *Rules of Professional Conduct* of the

de renseignements qui sortent du domaine des généralités et qui sont raisonnablement exacts et proviennent de sources fiables. Je souscris à l'observation suivante du juge Watt au sujet des obligations de communication incombant au ministère public et formulée au par. 76 de ses motifs :

[TRADUCTION] Les obligations de communication du poursuivant sont bien définies. Elles sont circonscrites, non infinies. Elles ne recouvrent pas l'intégralité du bagage d'information, de connaissances et d'expérience, bref, des ressources qu'un poursuivant peut acquérir jour après jour devant les tribunaux et par la fréquentation quotidienne de la police, des témoins, des victimes et des diverses collectivités des ressorts où il exerce. L'égalité en matière de connaissances et de renseignements relatifs à la collectivité, tout comme l'équivalence des compétences et de l'expérience des avocats qui s'affrontent dans un procès criminel, n'est pas une exigence constitutionnelle ou un principe de justice fondamentale.

[65] La question de l'existence d'une obligation réciproque de la défense de communiquer les renseignements en sa possession qui pourraient influencer sur le processus de sélection des jurés n'a été abordée que de façon indirecte en l'espèce, et elle n'a pas fait l'objet d'un débat exhaustif. Par conséquent, je ne mentionnerai que deux situations où la préservation de l'intégrité du processus exige de toute évidence que l'avocat de la défense, en tant qu'auxiliaire judiciaire, communique les renseignements qu'il détient à la cour ainsi qu'au ministère public.

[66] Premièrement, lorsque l'avocat de la défense sait ou a de bonnes raisons de croire qu'un candidat juré s'est livré à des activités criminelles qui le rendent inhabile à remplir les fonctions de juré aux termes d'une loi provinciale ou peuvent entraîner sa récusation pour l'un des motifs prévus à l'al. 638(1)(c) du *Code*, il doit le communiquer.

[67] Deuxièmement, lorsque l'avocat de la défense sait ou a de bonnes raisons de croire qu'un candidat juré ne peut siéger à l'instruction d'un procès donné pour des raisons de partialité évidente, il doit aussi le communiquer.

[68] La seconde situation s'accorde avec la règle 4.05 du *Code de déontologie* du Barreau du

Law Society of Upper Canada (online) and Rule 9, note 21 of the *Code of Professional Conduct* of the Canadian Bar Association (online). Under those rules, lawyers are permitted to investigate prospective jurors to ascertain any basis for a challenge, but in doing so, they must not directly or indirectly communicate with the juror or a member of his or her family. The rules further provide that when acting as an advocate, a lawyer must disclose to the judge and opposing counsel any information of which the lawyer is aware that a juror or prospective juror

(a) has or may have an interest, direct or indirect, in the outcome of the case,

(b) is acquainted with or connected in any manner with the presiding judge, any counsel or any [party], or

(c) is acquainted with or connected in any manner with any person who has appeared or who is expected to appear as a witness, . . .

[69] As for the first situation, I consider it axiomatic that as officers of the court, defence counsel who know or have good reason to believe that a prospective juror, by reason of his or her criminal conduct, is ineligible to serve as a juror under provincial law or is subject to being challenged for cause under s. 638(1)(c) of the *Code*, cannot remain mute. Disclosure must be made in such circumstances to protect the integrity of the process and the administration of justice at large.

[70] I conclude this aspect of my reasons with two trite but important observations.

[71] First, jury selection is not a game and it should not be approached as though it were. Winning and losing are concepts that ought not to be associated with it. The process is not governed by the strictures of the adversarial model, nor should it be, in my view. The idea at the end of the day is not to obtain a jury that is partial to one side or the other. We are looking for jurors who are eligible, impartial, representative and competent. The jury does not belong to the parties; it belongs to the people.

Haut-Canada (en ligne) et la règle 9, note 21 du *Code de déontologie professionnelle* de l'Association du Barreau canadien (en ligne). En vertu de ces codes, les avocats peuvent faire enquête sur les candidats jurés pour vérifier l'existence de motifs de récusation, mais, ce faisant, il leur est interdit de communiquer directement ou indirectement avec le candidat juré ou un membre de sa famille. Les dispositions prévoient également que l'avocat qui représente un client doit communiquer au juge et à l'avocat de la partie adverse les renseignements en sa possession sur le fait qu'un juré ou candidat juré

a) soit a ou peut avoir un intérêt direct ou indirect dans l'issue de la cause;

b) soit est connu du juge qui préside l'audience, d'un avocat en présence ou d'une des parties au litige, ou est lié de quelque façon que ce soit à l'un d'eux;

c) soit est connu d'une personne qui a comparu comme témoin ou qui risque de l'être, ou est lié de quelque façon que ce soit à une telle personne.

[69] S'agissant de la première situation, j'estime évident que l'avocat de la défense, dans son rôle d'auxiliaire judiciaire, qui sait ou a de bonnes raisons de croire qu'un candidat juré, du fait de sa conduite criminelle, est inhabile à remplir les fonctions de juré en vertu d'une loi provinciale ou est susceptible d'être récusé pour l'un des motifs prévus à l'al. 638(1)(c) du *Code*, ne peut rester muet. Dans ce cas, la communication doit être faite afin de protéger l'intégrité du processus et l'administration de la justice en général.

[70] Je conclus cet aspect de mes motifs en faisant deux observations qui, bien qu'élémentaires, sont importantes.

[71] Premièrement, la sélection du jury n'est pas un jeu et on ne devrait pas l'entreprendre dans cet esprit. Il ne faut pas s'y engager avec l'idée de gagner ou de perdre. Il ne s'agit pas d'un processus soumis aux restrictions du modèle contradictoire, et à mon avis, il ne devrait pas l'être non plus. En définitive, l'objectif n'est pas d'avoir un jury qui serait partial envers l'une ou l'autre partie. Nous voulons des jurés habiles à exercer leurs fonctions, impartiaux, représentatifs et compétents. Le jury n'appartient pas aux parties, mais au public.

[72] Second, while there are various rules and regulations that govern the selection of juries, much of what occurs is rooted in custom. The process must take into account the needs of the people and the special problems that may exist in the locale or region in which the trial is being held. Flexibility is essential, as is common sense, good judgment and good faith on the part of those who play a central role in the process, including judges, Crown and defence counsel, the police, and court administration personnel. In the end, it is essential to keep in mind that from start to finish, the jury selection process is designed to make good on the constitutional promise, enshrined in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that everyone charged with an offence has the right to be tried by an independent and impartial tribunal. Attempts by one side or the other to obtain a favourable jury are inimical to that ideal and the parties should be guided by this and conduct themselves accordingly.

#### V. Application to This Appeal

##### A. *Issue 1: The Effect of Non-Disclosure on Trial Fairness*

[73] Before considering the effect of non-disclosure on trial fairness as it relates to the instant case, I propose to set out the principles that apply when it is discovered, at the appeal stage, that information about prospective jurors which should have been disclosed at trial was not disclosed.

[74] In *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, and *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307, this Court set out the principles that apply when information that should have been disclosed at trial is discovered for the first time at the appeal stage. Persons who seek a new trial on the basis that such non-disclosure deprived them of their right to a fair trial under s. 7 of the *Charter* must show that (1) the Crown failed to comply with its disclosure obligations, and (2) there is a reasonable possibility that the failure to disclose affected the outcome of the trial or the overall fairness of the trial process (*Taillefer*, at para. 71).

[72] Deuxièmement, si divers règlements et règles régissent la sélection du jury, il n'en demeure pas moins qu'elle repose en grande partie sur la coutume. Il est nécessaire que les besoins du public et les problèmes particuliers qui peuvent survenir dans la localité ou dans la région où le procès est tenu soient pris en compte. La souplesse est essentielle, tout comme le bon sens, le discernement et la bonne foi des principaux intervenants dans le processus, dont les juges, le ministère public et l'avocat de la défense, les policiers et les membres du personnel du greffe. Au bout du compte, il est essentiel de ne pas oublier que le processus de sélection des jurés est, du début à la fin, conçu pour honorer la garantie constitutionnelle consacrée à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, selon lequel tout inculpé a le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. Les efforts qu'une ou l'autre des parties met pour tenter d'obtenir un jury favorable à sa cause sont contraires à cet idéal. Les parties devraient s'en souvenir et agir en conséquence.

#### V. Application des principes en l'espèce

##### A. *Question 1 : l'effet de la non-communication sur l'équité du procès*

[73] Avant de me pencher sur l'effet de la non-communication sur l'équité du procès dans le contexte de la présente affaire, je propose d'énoncer les principes qui s'appliquent lorsqu'on découvre, à l'étape de l'appel, que des renseignements concernant des candidats jurés n'ont pas été communiqués lors du procès alors qu'ils auraient dû l'être.

[74] Dans les arrêts *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, et *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307, la Cour a énoncé les principes devant être appliqués lorsque des renseignements qui auraient dû être communiqués lors du procès sont découverts pour la première fois à l'étape de l'appel. Ceux qui sollicitent la tenue d'un nouveau procès au motif que la non-communication les a privés de leur droit à un procès équitable garanti par l'art. 7 de la *Charte* doivent établir : (1) que le ministère public ne s'est pas acquitté de ses obligations de communication; (2) qu'il existe une possibilité raisonnable que la non-communication ait influé sur l'issue ou sur l'équité globale du procès (*Taillefer*, par. 71).

[75] Adapting those principles to the issue at hand, I am of the view that persons who seek a new trial on the basis that non-disclosure of information about potential jurors deprived them of their s. 7 *Charter* right to a fair trial must, at a minimum, establish that: (1) the Crown failed to disclose information relevant to the selection process that it was obliged to disclose; and (2) had the requisite disclosure been made, there is a reasonable possibility that the jury would have been differently constituted.

[76] In addition to these two steps, as my colleague Karakatsanis J. points out at para. 55 of *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828, in the event that the jury would have been differently constituted, it may be that the Crown should then have the opportunity to show, on balance, that the jury was nonetheless impartial. Since the present appeals can be resolved without addressing that issue, I propose to leave it for another day.

[77] For present purposes, I am prepared to accept that the Crown failed in its disclosure obligations. It is on step 2 that the appellants' case founders. As discussed earlier, the Court of Appeal found that there was no reasonable possibility that the jury would have been differently constituted had the pertinent information obtained from the vetting process been disclosed. Of the prospective jurors considered at the peremptory challenge stage of the proceedings, the Crown had information about 10 of them that it should have disclosed. With respect to those 10 people, Mr. Yumnu is the only appellant who used a peremptory challenge that he might otherwise have saved had he received the disclosure to which he was entitled. That said, each of the appellants, including Mr. Yumnu, had one or more peremptory challenges remaining at the end of the selection process. On the record before it, the Court of Appeal was entitled to come to the conclusion that the jury would not have been composed differently had disclosure been made. I see no basis for interfering with that conclusion. It follows that the

[75] Adaptant ces principes à la question à examiner, j'estime que ceux qui sollicitent la tenue d'un nouveau procès au motif que la non-communication de renseignements concernant des candidats jurés les a privés de leur droit à un procès équitable garanti par l'art. 7 de la *Charte* doivent, à tout le moins, établir : (1) que le ministère public n'a pas communiqué des renseignements pertinents pour le processus de sélection qu'il était tenu de communiquer; (2) que si la communication avait été faite dans les règles, il existe une possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment.

[76] Outre ces deux étapes, comme le souligne ma collègue la juge Karakatsanis au par. 55 de *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828, dans l'éventualité où le jury aurait été composé différemment, peut-être toutefois qu'en pareils cas, la Couronne devrait se voir accorder l'occasion de démontrer, suivant la prépondérance des probabilités, que le jury a été impartial. Étant donné que les présents pourvois peuvent être tranchés sans aborder cette question, je propose d'attendre une autre occasion pour l'examiner.

[77] Pour les besoins de l'espèce, je suis disposé à admettre que le ministère public a manqué à ses obligations de communication. Or, la thèse des appelants ne franchit pas la deuxième étape. Comme je l'ai souligné précédemment, la Cour d'appel a conclu qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment si les renseignements pertinents issus de l'avaient été fournis à la défense. De tous les candidats jurés retenus à l'étape des récusations péremptoires du processus, 10 étaient visés par des renseignements que le ministère public aurait dû communiquer. En ce qui concerne ces 10 personnes, M. Yumnu est le seul appellant à s'être prévalu d'une récusation péremptoire qu'il aurait pu conserver si les renseignements auxquels il avait droit lui avaient été communiqués. Cela dit, il restait à chacun des appelants, y compris à M. Yumnu, une ou plusieurs récusations péremptoires à la fin du processus de sélection. Compte tenu du dossier dont elle disposait, il était loisible à la Cour d'appel de conclure que le jury n'aurait pas été composé

appellants have not met the test, and their argument that the trial was unfair must fail.

*B. Issue 2: Appearance of Unfairness*

[78] That leaves one issue for discussion — did the Court of Appeal err in concluding that the conduct of the police and the Crown did not result in a miscarriage of justice?

[79] To be clear, when I speak of a miscarriage of justice in this context, I am referring to conduct on the part of the Crown and the police, within and surrounding the jury selection process, that would constitute a serious interference with the administration of justice and offend the community's sense of fair play and decency. When conduct of that nature is found to exist, it matters not that the accused may otherwise have had a fair trial; nor is it necessary to find that the accused may have been wrongfully convicted. It is the conduct itself that gives rise to a miscarriage of justice and demands that a new trial be ordered.

[80] With those principles in mind, I turn to the conduct of the Crown and the police in this case to determine whether it crossed the line and resulted in a miscarriage of justice. In concluding that it did not, I begin by reiterating two critical findings made by the Court of Appeal concerning the conduct of the Crown and the police.

[81] First, the court found that despite the scope of the Crown's request in the December 14, 2004 memorandum, the purpose of the police inquiries was to determine whether a prospective juror had a criminal record. Second, the court found that in the circumstances, the impugned conduct did not reveal a colourable use of legitimate criminal record checks to obtain a favourable jury.

différemment s'il y avait eu communication. Je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion. Il s'ensuit que les appelants n'ont pas satisfait au test et que leur argument selon lequel le procès était inéquitable doit être rejeté.

*B. Question 2 : l'apparence d'iniquité*

[78] Il ne reste plus donc qu'une question à trancher : la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la conduite de la police et du ministère public n'a pas entraîné une erreur judiciaire?

[79] Je tiens à préciser que lorsque je parle d'erreur judiciaire dans ce contexte, je fais allusion à la conduite du ministère public et de la police, tant dans le cadre du processus de sélection des jurés que dans tout ce qui le concerne, qui constituerait une entrave sérieuse à l'administration de la justice et heurterait le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société. Lorsque les tribunaux concluent à l'existence d'une telle conduite, il importe peu que l'accusé ait subi un procès équitable; il n'est pas non plus nécessaire qu'ils concluent que l'accusé a été déclaré coupable à tort. C'est la conduite même qui est à l'origine de l'erreur judiciaire et qui commande la tenue d'un nouveau procès.

[80] À la lumière de ces principes, j'examinerai la conduite du ministère public et de la police en l'espèce afin de déterminer s'ils sont allés trop loin et si leur conduite a entraîné une erreur judiciaire. Concluant par la négative, je commencerai d'abord en réitérant deux conclusions cruciales de la Cour d'appel concernant la conduite du ministère public et de la police.

[81] Premièrement, la cour a conclu que, malgré la nature des renseignements demandés par le ministère public dans la note du 14 décembre 2004, les recherches demandées à la police visaient à établir si un candidat juré avait un casier judiciaire. Deuxièmement, la cour a conclu que, compte tenu des circonstances, rien n'indiquait que la conduite reprochée constituait une façon détournée d'utiliser des vérifications légitimes du casier judiciaire afin d'obtenir un jury favorable.



[82] Those findings, which were open to the Court of Appeal to make, satisfy me that the record checks were carried out in good faith. There was no attempt on the part of the police or the Crown to uncover information about prospective jurors in an effort to obtain a favourable jury. In its December 14, 2004 memorandum to various police forces, the Crown should not have asked the police to go beyond criminal record checks and use their databases to provide “comments . . . concerning any disreputable persons we would not want as a juror” — although this may not have been clearly understood at the time, given that PM [2005] No. 17, the Practice Memorandum on juror background checks, had not been formalized and did not come into effect until March 31, 2006. Moreover, under the *Rules of Professional Conduct* of the Law Society of Upper Canada and the *Code of Professional Conduct* of the Canadian Bar Association, inquiries made by the parties for the purpose of exercising a challenge for cause were not prohibited. Be that as it may, certainly there was no attempt by the investigating officer to hide the information he obtained from the record checks, be it criminal record information or information that went beyond that. The additional information was recorded in his notebook and was there for anyone to see, including the five defence counsel who received a copy of his notes six weeks into the trial.

[83] The fact that the Crown and the police were acting in good faith is important — although not determinative — in assessing whether the conduct in question crossed the forbidden line.

[84] That brings me to the nature of the impugned information and the manner in which it was obtained.

[85] I have explained that it was permissible for the police to conduct criminal record checks to determine if a prospective juror was eligible to serve as a juror under provincial law and/or was subject to being challenged for cause under s. 638(1)(c) of the *Code*. I have also pointed out that

[82] Ces conclusions, que la Cour d’appel pouvait tirer, me convainquent que la vérification des dossiers a été menée de bonne foi. Ni la police ni le ministère public n’ont tenté d’obtenir des renseignements au sujet des candidats jurés dans le but d’obtenir un jury favorable. Dans la note du 14 décembre 2004 qu’il adressait à différents corps policiers, le ministère public n’aurait pas dû demander à la police d’aller au-delà de la vérification du casier judiciaire en se servant de ses bases de données et de formuler [TRADUCTION] « des commentaires [. . .] au sujet des personnes peu recommandables dont nous ne voudrions pas comme jurés » —, quoique, à cette date, il est possible qu’il n’eût pas bien compris qu’il ne pouvait agir ainsi, puisque l’avis de pratique PM [2005] n<sup>o</sup> 17, concernant la vérification des antécédents des jurés, n’était pas encore officiel et n’est entré en vigueur que le 31 mars 2006. En outre, suivant le *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada et le *Code de déontologie professionnelle* de l’Association du Barreau canadien, les enquêtes faites par les parties à des fins de récusation motivée ne sont pas interdites. Quoi qu’il en soit, l’enquêteur n’a certes pas tenté de dissimuler les renseignements obtenus à la suite de la vérification des dossiers, qu’il s’agisse des renseignements sur les antécédents judiciaires ou d’autres renseignements. En effet, les autres renseignements étaient inscrits dans son calepin et étaient à la disposition de tous, notamment des cinq avocats de la défense qui ont reçu une copie de ses notes six semaines après le début du procès.

[83] Le fait que le ministère public et la police aient agi de bonne foi joue un rôle important — mais non décisif — pour savoir s’ils sont allés trop loin dans leur conduite.

[84] Cette réflexion m’amène à examiner la nature des renseignements contestés et la manière dont ils ont été obtenus.

[85] J’ai déjà expliqué que la police peut effectuer une vérification du casier judiciaire afin de déterminer si un candidat juré est habile à remplir les fonctions de juré en vertu d’une loi provinciale ou est susceptible d’être récusé pour l’un des motifs prévus à l’al. 638(1)c) du *Code*. J’ai également

it can be very difficult to discover whether or not a particular person has a criminal record. The use of multiple police databases may be required to make the inquiry meaningful and, even then, certainty will not always be achieved.

[86] In carrying out legitimate criminal record checks, the police are liable to happen upon information that could be relevant to the selection process. As discussed, where that occurs, the police need not turn a blind eye to it. Rather, they should bring it to the Crown's attention and the Crown should disclose it to the defence.

[87] In this case, the investigating officer came upon information of that kind while conducting individual prospective juror record checks. He made it available to the Crown, as he should have. The Crown went wrong in failing to disclose it to the defence prior to the commencement of the selection process.

[88] While the failure to disclose was serious, it was not done for improper reasons. And in the end, according to the findings of the Court of Appeal, it had no impact on the composition of the jury, nor did it affect the outcome of the trial or the overall fairness of the trial process.

[89] In these circumstances, while the Crown should not have asked the police to use police databases to detect "disreputable persons", and while it should have disclosed to the defence information it received that may have been relevant to the selection process, I am not persuaded that what occurred here constituted a serious interference with the administration of justice, nor was it so offensive to the community's sense of fair play and decency that the proceedings should be set aside as a miscarriage of justice.

## VI. Conclusion

[90] The appellants had a fair trial and I am not persuaded that the proceedings constituted a

souligné qu'il peut s'avérer très difficile de découvrir si une personne donnée possède un casier judiciaire. Ainsi, il peut être nécessaire d'utiliser de multiples bases de données de la police pour que l'enquête soit valable et, même dans ce cas, la certitude ne sera pas toujours acquise.

[86] Lorsqu'elle fait une vérification légitime de casiers judiciaires, la police risque de voir des renseignements qui pourraient être pertinents pour le processus de sélection. Comme je l'ai indiqué, dans ce cas, la police n'est pas tenue de fermer les yeux. Elle doit plutôt porter ces renseignements à l'attention du ministère public qui, lui, doit les communiquer à la défense.

[87] En l'espèce, l'enquêteur est tombé sur ce genre de renseignements pendant qu'il se livrait à la vérification des dossiers de chacun des candidats jurés. Il les a fournis au ministère public, comme il était tenu de le faire. Le ministère public, pour sa part, a eu tort de ne pas les communiquer à la défense avant le début du processus de sélection.

[88] Certes, la non-communication était grave, mais elle n'était pas fondée sur des raisons non valables. Et, au bout du compte, d'après les conclusions de la Cour d'appel, elle n'a eu aucune incidence sur la composition du jury et n'a pas non plus influé sur l'issue ou l'équité globale du procès.

[89] Dans ces circonstances s'il est vrai que le ministère public n'aurait pas dû demander à la police de se servir de ses bases de données pour repérer les [TRADUCTION] « personnes peu recommandables », et qu'il aurait dû communiquer à la défense les renseignements obtenus qui pouvaient être pertinents pour le processus de sélection, je ne suis toutefois pas convaincu que ce qui s'est passé en l'espèce constituait une entrave sérieuse à l'administration de la justice, ni que cela heurtait le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société justifiant l'annulation de la procédure pour cause d'erreur judiciaire.

## VI. Conclusion

[90] Les appelants ont bénéficié d'un procès équitable et je ne suis pas convaincu que le processus

miscarriage of justice. Accordingly, I would dismiss the appeals from conviction.

*Appeals dismissed.*

*Solicitors for the appellant Ibrahim Yumnu: Lafontaine & Associates, Toronto.*

*Solicitors for the appellant Vinicio Cardoso: Hicks Adams, Toronto.*

*Solicitors for the appellant Tung Chi Duong: Fleming, Breen, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Addario Law Group, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Ontario Crown Attorneys' Association: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Anthony Moustacalis, Toronto; Brauti Thorning Zibarras, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

constituait une erreur judiciaire. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter les pourvois interjetés à l'encontre des déclarations de culpabilité.

*Pourvois rejetés.*

*Procureurs de l'appellant Ibrahim Yumnu: Lafontaine & Associates, Toronto.*

*Procureurs de l'appellant Vinicio Cardoso: Hicks Adams, Toronto.*

*Procureurs de l'appellant Tung Chi Duong: Fleming, Breen, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Addario Law Group, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique: Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Ontario Crown Attorneys' Association: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario: Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights: Université de Toronto, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association: Anthony Moustacalis, Toronto; Brauti Thorning Zibarras, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

**James Peter Emms** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association, British Columbia Civil Liberties Association, Ontario Crown Attorneys' Association, Information and Privacy Commissioner of Ontario, David Asper Centre for Constitutional Rights and Criminal Lawyers' Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. EMMS**

**2012 SCC 74**

File No.: 34087.

2012: March 14 and 15; 2012: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Jurors — Selection — Appellant convicted of fraud — Prior to jury selection, Crown requesting that police conduct criminal record checks of prospective jurors and also provide comments on whether any prospective jurors were “disreputable persons” — None of the information received in response by Crown disclosed to defence — Whether it was appropriate to seek such information — Whether there should have been disclosure of same — Whether there is a reasonable possibility that such conduct affected trial fairness or gave rise to an appearance of unfairness, such that a miscarriage of justice occurred.*

In 2008, following a trial in Barrie, Ontario, E was convicted of three counts of fraud. His appeal from conviction alleged as one of the grounds of appeal that there had been improper jury vetting by the Crown Attorney's office in conjunction with the police. Prior to the jury

**James Peter Emms** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Association canadienne des libertés civiles, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Ontario Crown Attorneys' Association, Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, David Asper Centre for Constitutional Rights et Criminal Lawyers' Association** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. EMMS**

**2012 CSC 74**

N° du greffe : 34087.

2012 : 14 et 15 mars; 2012 : 21 décembre.

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 — Jurés — Sélection — Appelant déclaré coupable de fraude — Demande de la Couronne présentée à la police avant la sélection du jury pour que cette dernière procède à la vérification du casier judiciaire des candidats jurés et précise s'il s'agissait de « personnes peu recommandables » — Aucun des renseignements reçus par le ministère public n'a été communiqué à la défense — Une telle demande était-elle acceptable? — Ces renseignements auraient-ils dû être communiqués? — Existait-il une possibilité raisonnable qu'une telle conduite ait nui à l'équité du procès ou ait donné lieu à une apparence d'iniquité entraînant une erreur judiciaire?*

En 2008, à la suite d'un procès s'étant tenu à Barrie, en Ontario, E a été déclaré coupable sur trois chefs d'accusation de fraude. Dans l'appel qu'il a interjeté de sa déclaration de culpabilité, il a fait valoir notamment l'irrégularité de l'évaluation des candidats jurés par le

selection in E's trial, the Crown Attorney's office had requested that the police conduct inquiries as to whether potential jurors had a criminal record or whether they were otherwise "disreputable persons" who would be undesirable as jurors. Information obtained from these checks was provided to Crown counsel, who used it when exercising peremptory challenges. The information was not disclosed to the defence, despite a practice memorandum distributed to Crown offices in Ontario in 2006 directing that any jury vetting carried out by the police was to be restricted to criminal record checks and that any information obtained was to be disclosed to the defence. In dismissing E's appeal, the Court of Appeal found that the Crown had failed to meet its disclosure obligations, but concluded that there was no reasonable possibility that the non-disclosure had any impact on the partiality of the jury or on the verdict. The court was satisfied that the selection process had not compromised the overall fairness of the trial. It also held that the conduct of the Crown and the police did not impact on the appearance of fairness of the trial and therefore had not occasioned a miscarriage of justice.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The principles governing the propriety of jury vetting and the use of police databases to check the criminal antecedents of prospective jurors have been canvassed in *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777. They apply equally to the present appeal. The Crown was entitled to have the police check the antecedents of prospective jurors for ineligibility and challenge for cause purposes. It was not entitled to have the police go further and use their databases to determine if a prospective juror was, or might be, a person of disreputable character, but, if information of that nature came to light during a valid criminal record search, it was to be brought to the Crown's attention. If the Crown considered it to be relevant to the jury selection process, it was obliged to disclose the information to the defence.

With respect to trial fairness, as stated in *Yumnu*, persons seeking a new trial must establish, at a minimum, that: (1) the Crown failed to disclose information relevant to the selection process that it was obliged to disclose; and (2) had the requisite disclosure been made, there is a reasonable possibility that the jury

bureau des procureurs de la Couronne de concert avec la police. Avant la sélection du jury dans le procès de E, le bureau des procureurs de la Couronne a demandé à la police de vérifier si des candidats jurés avaient un casier judiciaire ou si certains étaient « peu recommandables » et indésirables à titre de jurés. Les renseignements recueillis lors de ces vérifications ont été transmis à la procureure de la Couronne, qui s'en est servie lorsqu'elle a exercé son droit à des récusations péremptoires. Les renseignements n'ont pas été communiqués à la défense, malgré l'avis de pratique transmis aux bureaux des procureurs de la Couronne de l'Ontario en 2006 selon lequel les évaluations des candidats jurés par la police doivent se limiter à la vérification du casier judiciaire et les renseignements obtenus doivent être communiqués à la défense. La Cour d'appel, qui a rejeté l'appel, a reconnu que le ministère public ne s'était pas acquitté de ses obligations de communication, mais a conclu qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable que la non-communication ait eu une incidence sur la partialité du jury ou sur le verdict. La cour était convaincue que le processus de sélection n'avait pas compromis l'équité globale du procès et a conclu que la conduite du ministère public et de la police n'avait eu aucune incidence sur l'apparence d'équité du procès et n'avait donc pas entraîné d'erreur judiciaire.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Les principes régissant la légitimité de l'évaluation des candidats jurés et l'utilisation des bases de données de la police pour vérifier les antécédents criminels des candidats jurés ont été examinés dans *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777. Ils s'appliquent également en l'espèce. Le ministère public avait le droit de demander à la police de vérifier les antécédents des candidats jurés pour savoir s'ils étaient habiles ou non à occuper cette fonction et sujets à une récusation motivée. Il n'avait pas le droit de demander à la police d'aller plus loin et d'utiliser ses bases de données afin de déterminer si un candidat juré était, ou pouvait être, un individu peu recommandable, mais si des renseignements de cette nature devaient être dévoilés lors d'une vérification valide du casier judiciaire, il y aurait lieu de les porter à l'attention du ministère public. Si celui-ci estimait qu'ils sont pertinents pour le processus de sélection des jurés, il serait tenu de communiquer ces renseignements à la défense.

Quant à l'équité du procès, comme la Cour l'explique dans *Yumnu*, ceux qui sollicitent la tenue d'un nouveau procès doivent, à tout le moins, établir : (1) que le ministère public n'a pas communiqué des renseignements pertinents pour le processus de sélection qu'il était tenu de communiquer; (2) que si la communication

would have been differently constituted. In the case at bar, although the Crown failed to disclose information that was relevant to the defence in the selection process, E has failed to show that there is a reasonable possibility that the jury would have been differently composed had the Crown met its disclosure obligations.

With respect to appearance of unfairness, this case is more troublesome than *Yumnu* because at the time of E's trial, all Crown offices across the Province of Ontario had received the practice memorandum on criminal record checks and disclosure. However, while the conduct of the police and the Crown was in some respects improper and should not be repeated, there is no basis for concluding that they conspired to obtain a favourable jury. What occurred did not constitute a serious interference with the administration of justice, nor was it so offensive to the community's sense of fair play and decency that the proceedings should be set aside as a miscarriage of justice.

#### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777; **distinguished:** *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 638(1)(c).

#### Authors Cited

Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct*. Ottawa: The Association, 2009 (online: <http://www.cba.org>).

Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct*, updated April 26, 2012 (online: <http://www.lsuc.on.ca>).

Ontario. Information and Privacy Commissioner. *Excessive Background Checks Conducted on Prospective Jurors: A Special Investigation Report*. Toronto: The Commissioner, 2009.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Blair and Juriansz JJ.A.), 2010 ONCA 817, 104 O.R. (3d) 201, 264 C.C.C. (3d) 402, 81 C.R. (6th) 267, 272 O.A.C. 248, [2010] O.J. No. 5195 (QL), 2010 CarswellOnt 9069, upholding the accused's conviction on three counts of fraud. Appeal dismissed.

avait été faite dans les règles, il existe une possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment. En l'espèce, même si le ministère public a omis de communiquer des renseignements qui auraient pu être utiles à la défense durant le processus de sélection, E n'a pas démontré qu'il existe une possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment si le ministère public s'était acquitté de ses obligations de communication.

Quant à l'apparence d'iniquité, la présente affaire est plus troublante que *Yumnu* puisque, au moment du procès de E, tous les bureaux des procureurs de la Couronne de la province d'Ontario avaient reçu l'avis de pratique relatif à la vérification du casier judiciaire et à la communication. Cela dit, bien que la conduite de la police et du ministère public fût inappropriée à certains égards et ne doit pas se reproduire, rien ne permet de conclure qu'ils ont comploté pour obtenir un jury qui leur serait favorable. Ce qui s'est passé en l'espèce ne constituait pas une entrave sérieuse à l'administration de la justice, ni ne heurtait le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société au point où la procédure devrait être annulée pour cause d'erreur judiciaire.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 638(1)(c).

#### Doctrine et autres documents cités

Association du Barreau canadien. *Code de déontologie professionnelle*. Ottawa : L'Association, 2009 (en ligne : <http://www.cba.org>).

Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*, mis à jour 26 avril 2012 (en ligne : <http://www.lsuc.on.ca>).

Ontario. Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée. *Excessive Background Checks Conducted on Prospective Jurors : A Special Investigation Report*. Toronto : Le Commissaire, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Blair et Juriansz), 2010 ONCA 817, 104 O.R. (3d) 201, 264 C.C.C. (3d) 402, 81 C.R. (6th) 267, 272 O.A.C. 248, [2010] O.J. No. 5195 (QL), 2010 CarswellOnt 9069, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé sur trois chefs de fraude. Pourvoi rejeté.

*Mark C. Halfyard and Daniel Brown*, for the appellant.

*Michal Fairburn, Deborah Krick, John S. McInnes and Susan Magotiaux*, for the respondent.

*Frank Addario*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Nader R. Hasan and Gerald Chan*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Paul J. J. Cavalluzzo and Shaun O'Brien*, for the intervener the Ontario Crown Attorneys' Association.

*William S. Challis and Stephen McCammon*, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario.

*Cheryl Milne and Lisa Austin*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Anthony Moustacalis and Peter Thorning*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

## I. Introduction

[1] On October 8, 2008, following a 10-day trial in the Ontario Superior Court of Justice before Salmers J. and a jury, the appellant, James Emms, was convicted of one count of fraud over \$5,000 and two counts of fraud under \$5,000. His appeal from conviction was argued before the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Blair and Juriansz J.J.A.) on June 28 and 29, 2010. The appellant raised one ground of appeal relating to an evidentiary ruling and a second ground alleging improper jury vetting by the Crown Attorney's office in Barrie, Ontario in conjunction with various police forces in the Judicial District of Simcoe County.

*Mark C. Halfyard et Daniel Brown*, pour l'appellant.

*Michal Fairburn, Deborah Krick, John S. McInnes et Susan Magotiaux*, pour l'intimé.

*Frank Addario*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Nader R. Hasan et Gerald Chan*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

*Paul J. J. Cavalluzzo et Shaun O'Brien*, pour l'intervenante Ontario Crown Attorneys' Association.

*William S. Challis et Stephen McCammon*, pour l'intervenant le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

*Cheryl Milne et Lisa Austin*, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Anthony Moustacalis et Peter Thorning*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

## I. Introduction

[1] Le 8 octobre 2008, à la suite d'un procès de 10 jours devant le juge Salmers de la Cour supérieure de justice de l'Ontario et un jury, l'appellant, James Emms, a été déclaré coupable d'un chef d'accusation de fraude de plus de 5 000 \$ et de deux chefs d'accusation de fraude de moins de 5 000 \$. L'appel qu'il a interjeté de sa déclaration de culpabilité a été entendu par la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Blair et Juriansz) les 28 et 29 juin 2010. L'appellant a invoqué un moyen d'appel se rapportant à une décision en matière de preuve et un second moyen par lequel il a fait valoir l'irrégularité de l'évaluation des candidats jurés par le bureau des procureurs de la Couronne de Barrie, en Ontario, de concert avec divers corps policiers du district judiciaire du comté de Simcoe.

[2] On December 3, 2010, Rosenberg J.A., writing for the court, released detailed reasons for judgment dismissing the appeal (2010 ONCA 817, 104 O.R. (3d) 201).

[3] The appellant now appeals to this Court, solely in respect of the jury vetting issue. In brief, he complains that the vetting of potential jurors by the Crown and the police subverted the jury selection process and resulted in a jury that, if not favourable to the Crown, might well have been differently composed had he known of the practice and been advised of the information obtained from it. Second, he submits that even if his fair trial rights were not compromised, the conduct of the Crown and the police amounted to a gross interference with the administration of justice and resulted in a miscarriage of justice requiring a new trial.

[4] The appellant's appeal was heard together with the appeals of Mr. Yumnu, Mr. Cardoso and Mr. Duong (*R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777 (the "*Yumnu* appeals"). All four appeals emanate from the same jurisdiction and they raise common issues.

[5] The principles governing the propriety of jury vetting and the use of police databases to check the criminal antecedents of prospective jurors have been canvassed in the *Yumnu* appeals. They apply equally to the present appeal. What separates this appeal from the *Yumnu* appeals is the facts. Specifically, the facts in this appeal are more favourable to the defence — and that makes this appeal more challenging for the Crown and more difficult to defend. In the end, while I believe that this case is closer to the line than the *Yumnu* appeals, I am not persuaded that the appellant was deprived of his right to a fair trial. Nor am I satisfied that the conduct of the Crown and the police, though improper in some respects, can be said to have crossed the line and occasioned a miscarriage of justice. Accordingly, I would dismiss the appeal.

[2] Le 3 décembre 2010, le juge Rosenberg de la Cour d'appel, s'exprimant au nom de la cour, a rejeté l'appel dans un jugement aux motifs détaillés (2010 ONCA 817, 104 O.R. (3d) 201).

[3] L'appelant se pourvoit à présent devant la Cour, mais uniquement à l'égard de la question relative à l'évaluation des candidats jurés. En bref, il se plaint du fait que cette évaluation par le ministère public et la police aurait subverti le processus de sélection des jurés et engendré un jury qui, sans être nécessairement favorable au ministère public, aurait très bien pu être composé différemment s'il avait été au courant de cette pratique et informé des renseignements obtenus grâce à celle-ci. L'appelant a aussi soutenu que même s'il n'y avait pas eu atteinte à son droit à un procès équitable, la conduite du ministère public et de la police a constitué une entrave flagrante à l'administration de la justice et entraîné une erreur judiciaire nécessitant la tenue d'un nouveau procès.

[4] Le pourvoi de l'appelant a été entendu en même temps que les appels intentés par MM. Yumnu, Cardoso et Duong (*R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777 (les « pourvois *Yumnu* »)). Ces quatre pourvois émanent de la même juridiction et soulèvent des questions communes.

[5] Les principes régissant la légitimité de l'évaluation des candidats jurés et l'utilisation des bases de données de la police pour vérifier les antécédents criminels des candidats jurés ont été examinés dans les pourvois *Yumnu*. Ils s'appliquent également en l'espèce. Ce qui distingue le présent pourvoi des pourvois *Yumnu*, ce sont les faits qui, en l'espèce, sont plus favorables à la défense. C'est pourquoi le présent pourvoi présente un plus grand défi pour l'intimé, le ministère public, et est plus difficile à défendre. Cela dit, même si je crois qu'il s'agit d'un cas plus limite que les pourvois *Yumnu*, je ne suis pas persuadé que l'appelant a été privé de son droit à un procès équitable. Je ne suis pas non plus convaincu qu'on peut dire que la conduite du ministère public et de la police, même si elle était inappropriée à certains égards, a dépassé les bornes et entraîné une erreur judiciaire. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.



## II. Background

[6] The facts surrounding the jury vetting issue were presented to the Court of Appeal by way of an Agreed Statement of Facts. Various documents were appended to the Agreed Statement of Facts, including memoranda from the Ministry of the Attorney General of Ontario on background juror checks, questionnaires completed by several Crown Attorneys in the Barrie Crown's office, information about prospective jurors on a marked-up jury panel list used by the trial Crown during the selection process and evidence concerning the various databases available to the police.

[7] Jury selection in the appellant's trial was scheduled to begin on September 22, 2008. On September 4, 2008, someone in the Court Services Division of the Ontario Ministry of the Attorney General provided the Barrie Crown's office with a copy of the jury panel list for the week of September 22. On September 10, an administrative assistant in the Crown Attorney's office sent copies of the jury list to five local Ontario Provincial Police detachments and the Midland Police Service. Accompanying each list was a memorandum dated September 10, requesting the police to provide the Crown with the same information the Crown's office had sought in the *Yumnu* appeals some four years earlier. Among other things, the memorandum included the following request:

Please check the attached jury panel list, for the persons listed in your locality, and advise if any of them have criminal records. We are not able to provide dates of birth.

It would also be helpful if comments could be made concerning any disreputable persons we would not want as a juror. All we can ask is that you do your best considering the lack of information available to us.

## II. Contexte factuel

[6] Les faits entourant la question relative à l'évaluation des candidats jurés ont été présentés à la Cour d'appel par voie d'exposé conjoint des faits. Divers documents ont été annexés à cet exposé, notamment les avis sur la vérification des antécédents des candidats jurés émanant du ministère du Procureur général de l'Ontario, des questionnaires remplis par plusieurs procureurs du bureau des procureurs de la Couronne de Barrie, des renseignements concernant les candidats figurant au tableau annoté des candidats jurés dont s'est servie la procureure de la Couronne pendant le processus de sélection et des éléments de preuve concernant les diverses bases de données que peuvent consulter les policiers.

[7] Dans le cadre du procès de l'appellant, la sélection des jurés devait débiter le 22 septembre 2008. Le 4 septembre 2008, une personne de la Division des services aux tribunaux du ministère du Procureur général de l'Ontario a transmis au bureau des procureurs de la Couronne de Barrie une copie du tableau des candidats jurés pour la semaine du 22 septembre. Le 10 septembre, une adjointe administrative du bureau du procureur de la Couronne a envoyé des copies du tableau des candidats jurés à cinq détachements locaux de la police provinciale de l'Ontario ainsi qu'au service de police de Midland. Chaque copie était accompagnée d'une note, datée du 10 septembre, dans laquelle la police était priée de communiquer au ministère public les mêmes renseignements que le bureau des procureurs de la Couronne avait demandés dans les pourvois *Yumnu*, quelque quatre ans auparavant. Entre autres choses, la note comportait la demande suivante :

[TRADUCTION] Veuillez vérifier le tableau des candidats jurés ci-joint, pour ce qui est des personnes de votre localité qui y sont mentionnées, et nous indiquer si certaines d'entre elles ont un casier judiciaire. Nous ne sommes pas en mesure de vous fournir les dates de naissance.

Il serait également utile que vous fassiez des commentaires au sujet des personnes peu recommandables dont nous ne voudrions pas comme jurés. Tout ce que nous vous demandons, c'est de faire de votre mieux compte tenu des renseignements qui nous manquent.

[8] Upon receiving the memorandum and the jury panel list, checks were carried out by the various police detachments using databases available only to the police. These databases — mainly the Canadian Police Information Centre (“CPIC”) and Niche RMS — revealed the criminal records of prospective jurors, as well as other matters such as outstanding warrants, court orders, charges, police contacts, and investigations relating to individuals and locations.

[9] Information obtained from these checks was sent to the Crown Attorney’s office in Barrie and turned over to the Crown with carriage of the trial. As Rosenberg J.A. noted, at para. 39, the information in question was of limited value. For the most part, it consisted of notations such as “OK”, “negative”, or “possible”. Crown counsel took the words “OK” and “negative” to mean that the prospective juror had no prior criminal record. She took the word “possible” to mean that the prospective juror might have a criminal record.

[10] In several instances, the notations suggested that the individual might have had some involvement with the criminal law, even though no convictions had been recorded. For example, beside one prospective juror, the words “CNI [Criminal Name Index] 1995 Drugs no convictions” appeared.

[11] None of the information obtained by the police and forwarded to the Crown was disclosed to the defence, either directly, or indirectly as had occurred in the *Yumnu* appeals. By the time the jury vetting was carried out in this case, all Crown offices across the province of Ontario had received a Practice Memorandum dated March 31, 2006 (PM [2005] No. 17), directing that criminal record checks, if done, and any concrete information provided by police to the Crown suggesting that an individual may not be impartial should be disclosed to the defence. The same memorandum

[8] Lorsqu’ils ont reçu la note et le tableau des candidats jurés, des policiers des divers détachements ont effectué des vérifications à l’aide de bases de données que seule la police peut consulter. Ces bases de données — principalement le Centre d’information de la police canadienne (« CIPC ») et le SGD Niche — ont révélé le casier judiciaire de candidats jurés ainsi que d’autres faits, notamment des mandats non exécutés, des ordonnances judiciaires, des accusations, des démêlés avec la police et des enquêtes portant sur des personnes et des lieux.

[9] Les renseignements recueillis lors de ces vérifications ont été transmis au bureau des procureurs de la Couronne de Barrie puis, à la procureure de la couronne chargée de la conduite du procès. Comme l’a souligné le juge Rosenberg au par. 39, les renseignements en question avaient une valeur limitée. Ils consistaient essentiellement en des annotations telles que [TRADUCTION] « OK », « négatif » ou « possible ». La procureure de la Couronne a interprété les mots « OK » et « négatif » comme signifiant que le candidat juré n’avait pas de casier judiciaire. Elle a interprété le mot « possible » comme signifiant que le candidat juré pouvait avoir un casier judiciaire.

[10] Dans plusieurs cas, les annotations laissaient entendre que la personne pouvait avoir eu des démêlés avec la justice, même si aucune déclaration de culpabilité n’avait été inscrite. Par exemple, à côté du nom d’un candidat juré figuraient les mots [TRADUCTION] « FJN [Fichier judiciaire nominatif] 1995 drogues aucune condamnation ».

[11] Aucun des renseignements obtenus par la police et transmis au ministère public n’a été communiqué à la défense, que ce soit directement ou indirectement comme dans le cadre des pourvois *Yumnu*. Au moment où l’évaluation des candidats jurés a été effectuée en l’espèce, tous les bureaux des procureurs de la Couronne de la province d’Ontario avaient reçu un avis de pratique, daté du 31 mars 2006 (PM [2005] n° 17), ordonnant que la vérification du casier judiciaire, le cas échéant, et tout renseignement concret que la police communique au ministère public qui donne à penser qu’une

made it clear that apart from criminal record checks, Crown counsel were not to ask the police “to undertake an investigation into the list of jurors”, nor were they to “request police to conduct out-of-court investigations into private aspects of potential jurors’ lives”.

[12] As is apparent, the March 31, 2006 Practice Memorandum was not followed in this case. Disclosure of relevant information was not made to the defence and the September 10, 2008 memorandum from the Crown’s office invited the police to go beyond criminal record checks and use their databases to provide “comments . . . concerning any disreputable persons we would not want as a juror”. I will have more to say about this in due course.

[13] During the jury selection process, Crown counsel used the information she had received from the police when exercising the 12 peremptory challenges she had available to her. Of the prospective jurors on the Crown’s master list who were shown as possibly having criminal antecedents, only four were called forward during the peremptory challenge phase of the selection process. Of those four, the Crown challenged two peremptorily and the defence challenged the other two (juror roll nos. 5679 and 2818).

[14] Given her pattern of challenging prospective jurors with possible criminal records, it is likely that Crown counsel would have challenged all four of the prospective jurors had defence counsel not challenged two of them. In other words, the Crown probably gained two challenges by reason of its failure to make disclosure to the defence. Conversely, the defence likely lost two challenges.

[15] As the record shows, at the completion of the selection process, the Crown had one challenge remaining. But if the Crown had been required to

personne n’est peut-être pas impartiale soient communiqués à la défense. Ce même avis indiquait clairement que mis à part la vérification du casier judiciaire, le procureur de la Couronne ne devait pas demander à la police [TRADUCTION] « de mener une enquête sur les candidats figurant au tableau des jurés », ni de « demander à la police de mener des enquêtes extrajudiciaires sur des aspects privés de la vie des candidats jurés ».

[12] De toute évidence, l’avis de pratique du 31 mars 2006 n’a pas été respecté en l’espèce. D’une part, les renseignements pertinents n’ont pas été communiqués à la défense et, d’autre part, la note du 10 septembre 2008 du bureau des procureurs de la Couronne invitait la police à aller au-delà de la vérification du casier judiciaire et à utiliser ses bases de données pour formuler [TRADUCTION] « des commentaires [. . .] au sujet des personnes peu recommandables dont nous ne voudrions pas comme jurés ». Je m’étendrai davantage sur ce point en temps utile.

[13] Pendant le processus de sélection des jurés, la procureure de la Couronne s’est servie des renseignements qu’elle avait reçus de la police lorsqu’elle a exercé son droit à 12 récusations péremptoires. À cette étape du processus, seuls quatre des candidats jurés qui figuraient sur la liste maîtresse du ministère public et qui étaient présentés comme ayant possiblement des antécédents criminels ont été appelés. Le ministère public a récusé deux d’entre eux péremptoirement et la défense les deux autres (soit les candidats jurés n<sup>os</sup> 5679 et 2818).

[14] Étant donné sa tendance à récuser les candidats jurés ayant possiblement un casier judiciaire, il est probable que la procureure de la Couronne aurait récusé les quatre candidats jurés en question si l’avocat de la défense n’en avait pas récusé deux. Autrement dit, le ministère public a probablement gagné deux récusations en raison de son omission d’informer la défense. À l’inverse, la défense a vraisemblablement perdu deux récusations.

[15] D’après le dossier, il restait une récusation au ministère public à la fin du processus de sélection. Cependant, si le ministère public avait été obligé

use two challenges to remove the two prospective jurors the defence had challenged, it would have been one challenge over its allotted limit, and would not have been able to challenge prospective juror roll no. 2586 — the last prospective juror challenged by the Crown before the jury was completed.

### III. Findings of the Court of Appeal: The Effect of Non-Disclosure on Trial Fairness

[16] The Court of Appeal accepted that the Crown had failed to meet its disclosure obligations. Information showing that a potential juror may have had some prior criminal history should have been turned over to the defence.

[17] That said, the court concluded that there was “no reasonable possibility that the non-disclosure had any impact on the partiality of the jury” (para. 49). The court further found that there was “n[o] reasonable possibility that the non-disclosure had any impact on the verdict since, one way or another, jurors 5679 and 2818 [the two prospective jurors with possible criminal antecedents whom the defence had challenged] were not going to be on that jury” (para. 50).

[18] In my view, both findings were available to the court and I see no basis for interfering with them. In arriving at the second finding, the court noted that at the end of the jury selection process, because defence counsel still had two preemptory challenges remaining, the fact that defence counsel “may have ‘wasted’ two challenges did not impact on the kind of jury he wanted to try the case” (para. 50). I cannot say that the court was wrong in coming to that conclusion.

[19] The more problematic issue is the one I mentioned earlier. It hinges on the appellant’s submission that if the Crown had been required to use up two challenges on the two prospective jurors the defence challenged, it would have had no challenges left for juror roll no. 2586, the last prospective juror actually challenged by the Crown. This

d’utiliser deux récusations pour écarter les deux candidats jurés que la défense a récusés, il lui aurait fallu une récusation de plus que la limite permise. La procureure de la Couronne n’aurait donc pas été en mesure de récusier le candidat juré n<sup>o</sup> 2586, le dernier candidat juré récusé par le ministère public avant la constitution du jury.

### III. Conclusions de la Cour d’appel : l’effet de la non-communication sur l’équité du procès

[16] La Cour d’appel a reconnu que le ministère public ne s’était pas acquitté de ses obligations de communication. Les renseignements selon lesquels un candidat juré pouvait avoir des antécédents judiciaires auraient dû être communiqués à la défense.

[17] Cela dit, la cour a conclu qu’il n’existait [TRADUCTION] « aucune possibilité raisonnable que la non-communication ait eu une incidence sur la partialité du jury » (par. 49). Elle a également conclu qu’il n’existait « aucune possibilité raisonnable que la non-divulgaration ait eu une incidence sur le verdict puisque, d’une manière ou d’une autre, les candidats jurés 5679 et 2818 [les deux candidats jurés ayant possiblement des antécédents criminels que la défense avait récusés] n’auraient pas fait partie de ce jury » (par. 50).

[18] À mon avis, il était loisible à la cour de tirer ces deux conclusions et je ne vois aucune raison de les modifier. Lorsqu’elle a tiré la seconde conclusion, la Cour d’appel a souligné que, à la fin du processus de sélection des jurés, comme il restait encore deux récusations péremptoires à l’avocat de la défense, le fait que celui-ci [TRADUCTION] « ait pu “gaspiller” deux récusations n’a eu aucune incidence sur le genre de jury qu’il voulait pour juger l’affaire » (par. 50). Je ne puis affirmer que la cour a eu tort de tirer une telle conclusion.

[19] La question qui pose le plus problème est celle que j’ai mentionnée plus tôt. Elle découle de l’argument de l’appellant portant que si le ministère public avait été obligé d’utiliser deux récusations à l’égard des deux candidats jurés que la défense a récusés, il ne lui serait resté aucune récusation pour le candidat juré n<sup>o</sup> 2586, le dernier candidat juré

was important, according to the appellant, because juror roll no. 2586 was a senior bankruptcy analyst and official receiver who, because of his background and training, would have appreciated the appellant's defence that while he may have committed a civil wrong, he was not guilty of criminal fraud.

[20] The Court of Appeal considered the appellant's argument in relation to juror roll no. 2586 and rejected it for two reasons.

[21] First, the court questioned the logic of the appellant's reason for wanting juror roll no. 2586 on the jury and found it "hardly . . . likely" (para. 52) that a bankruptcy analyst and official receiver would have been helpful to his cause. Second, the court concluded that "in any event, to suggest that the overall fairness of the trial process was impacted in those circumstances descends from the reasonably possible to mere speculation" (para. 52). Ultimately, considering how the jury selection process had unfolded, the court was satisfied that there was no "actual impact on the jury selection" (para. 53). Accordingly, it rejected the appellant's submission that the selection process had compromised the overall fairness of the trial.

#### IV. Analysis: The Effect of Non-Disclosure on Trial Fairness

[22] Applying the test set out in the *Yumnu* appeals, it is apparent that the first step is satisfied: the Crown failed to disclose information that was relevant to the defence in the selection process. However, the appellant has failed to show that there is a reasonable possibility that the jury would have been differently composed had the Crown met its disclosure obligations.

[23] In so concluding, I recognize that whenever one attempts to put the pieces together after the event, there is bound to be a certain amount of speculation as to what might (or might not) have

récusé par le ministère public. Ce fait était important, selon l'appelant, car le candidat juré n° 2586 était un analyste principal des faillites et séquestre officiel qui, en raison de son parcours et de sa formation, aurait été sensible à la défense de l'appelant selon laquelle bien qu'il ait peut-être commis une faute civile, il n'était pas coupable de fraudes criminelles.

[20] La Cour d'appel a examiné l'argument de l'appelant se rapportant au candidat juré n° 2586 et l'a rejeté pour deux raisons.

[21] Premièrement, la cour a mis en doute la logique de la raison pour laquelle l'appelant voulait que le candidat juré n° 2586 fasse partie du jury et a jugé qu'il était [TRADUCTION] « peu [. . .] probable » (par. 52) qu'un analyste des faillites et séquestre officiel lui aurait été favorable. Deuxièmement, la cour a conclu que, « quoi qu'il en soit, laisser entendre que cette situation a eu une incidence sur l'équité globale du procès nous fait passer de la possibilité raisonnable à la pure conjecture » (par. 52). Enfin, compte tenu du déroulement du processus de sélection des jurés, la cour était convaincue qu'il n'y avait pas eu d'« incidence réelle sur la sélection du jury » (par. 53). En conséquence, elle a rejeté l'argument de l'appelant selon lequel le processus de sélection avait compromis l'équité globale du procès.

#### IV. Analyse : l'effet de la non-communication sur l'équité du procès

[22] Lorsqu'on applique le critère énoncé dans les pourvois *Yumnu*, il s'avère que la première étape est franchie : le ministère public a omis de communiquer des renseignements qui auraient pu être utiles à la défense durant le processus de sélection. Toutefois, l'appelant n'a pas démontré qu'il existe une possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment si le ministère public s'était acquitté de ses obligations de communication.

[23] En tirant cette conclusion, je reconnais que lorsqu'on tente d'assembler les morceaux après coup, il y a forcément une certaine spéculation sur ce qui aurait pu se passer (ou non) si la partie lésée

occurred had the aggrieved party been given the information to which it was entitled.

[24] That said, in the instant case, I cannot accept the appellant's premise that if the Crown had been required to challenge the two prospective jurors (roll nos. 5679 and 2818) whom the defence challenged, it would have had no challenges left for juror roll no. 2586 — the bankruptcy analyst and official receiver. On the contrary, I am satisfied on balance that the Crown would not have been left in that position.

[25] In exercising its peremptory challenges, the Crown challenged seven prospective jurors who had the notation "OK" beside their names. I consider that important. It provides context against which to measure the appellant's submission that the Crown would have had no challenges left for juror roll no. 2586.

[26] Had the Crown been forced to use two of its challenges on juror roll nos. 5679 and 2818, I believe it would have been more cautious in challenging the seven prospective jurors who were shown as being "OK" and thus record-free. Refraining from challenging even one of those prospective jurors would have left the Crown with the remaining challenge it needed to remove juror roll no. 2586 — and I am satisfied that the Crown would have followed that course. I base that finding on the record and legitimate inferences that can be drawn from it.

[27] On the appellant's scenario, the Crown would have used up all of its challenges before the twelfth juror had been selected, thereby leaving the defence with four free challenges and the opportunity to effectively hand-pick the twelfth juror.

[28] That is unrealistic. The Crown was obviously keeping track of the peremptory challenges it was using. It had one challenge remaining at the conclusion of the jury selection process. I do not put that down to coincidence but to planning — the same planning that would have occurred had the Crown been required to use up two of its challenges on

avait obtenu les renseignements auxquels elle avait droit.

[24] Cela dit, en l'espèce, je ne peux accepter le postulat de l'appelant selon lequel, si le ministère public avait été obligé de récuser les deux candidats jurés (n<sup>os</sup> 5679 et 2818) que la défense a recusés, il ne serait resté aucune récusation pour le candidat juré n<sup>o</sup> 2586 — l'analyste des faillites et séquestre officiel. Au contraire, je suis convaincu, suivant la prépondérance des probabilités, que le ministère public n'aurait pas été dans une telle situation.

[25] Dans l'exercice de son droit aux récusations péremptoires, le ministère public a recusé sept candidats jurés qui avaient l'annotation « OK » à côté de leur nom. J'estime qu'il s'agit d'un fait important. Il fournit le contexte pour évaluer l'argument de l'appelant selon lequel il ne serait resté au ministère public aucune récusation pour le candidat juré n<sup>o</sup> 2586.

[26] Si le ministère public avait été forcé d'utiliser deux de ses récusations à l'égard des candidats jurés n<sup>os</sup> 5679 et 2818, je crois qu'il se serait montré plus prudent lorsqu'il a recusé les sept candidats jurés qui avaient la mention « OK » et étaient donc sans casier judiciaire. S'il s'était abstenu de récuser un seul de ces candidats jurés, il serait resté au ministère public la récusation nécessaire pour écarter le candidat juré n<sup>o</sup> 2586 — et je suis convaincu que le ministère public aurait procédé ainsi. Je fonde cette conclusion sur le dossier et sur les déductions légitimes qui peuvent en être tirées.

[27] Selon le scénario de l'appelant, le ministère public aurait utilisé toutes ses récusations avant la sélection du douzième juré, laissant ainsi à la défense quatre récusations et la possibilité de trier sur le volet le douzième juré.

[28] Ce n'est pas réaliste. De toute évidence, le ministère public faisait le suivi des récusations péremptoires qu'il utilisait. Il lui restait une récusation à la fin du processus de sélection des jurés. Je n'attribue pas cela à une coïncidence, mais à de la planification — la même planification qu'il y aurait eu si le ministère public avait été obligé d'utiliser

juror roll nos. 5679 and 2818. The Crown was not about to leave itself in the position of giving free reign to the defence to select the twelfth juror — nor did it have to. It could and, in my view, would have refrained from challenging at least one of the prospective jurors noted as “OK” to avoid that situation.

[29] Accordingly, the appellant has failed to show that there is a reasonable possibility that the jury would have been differently composed had the Crown complied with its disclosure obligations.

[30] That brings me to the second issue in this appeal, namely, whether the conduct of the Crown and the police, which was improper in some respects, can be said to have crossed the line and occasioned a miscarriage of justice.

#### V. Findings of the Court of Appeal: Appearance of Unfairness

[31] In considering whether the conduct of the Crown and the police occasioned a miscarriage of justice, the Court of Appeal considered the following five allegations of wrongdoing raised by the appellant: “. . . the non-disclosure, the violations of the *Juries Act* and provincial privacy legislation, misuse of police databases and the wording of the [September 10, 2008] memo from the Crown Attorney” (para. 54).

[32] Before addressing these matters, the court considered certain contextual elements, one being the process of having prospective jurors self-report on their criminal record status.

[33] In a report prepared by the Information and Privacy Commissioner of Ontario following an investigation into the jury vetting practices of the Barrie Crown’s office and other Crown offices, the Commissioner found that the process of self-reporting by prospective jurors was “seriously flawed” (see *Excessive Background Checks*

deux de ses récusations à l’égard des candidats jurés n<sup>os</sup> 5679 et 2818. Le ministère public ne se serait pas placé dans une situation où la défense aurait eu carte blanche pour choisir le douzième juré — et il n’avait pas à le faire. Il aurait pu s’abstenir de récuser au moins un des candidats jurés qui avait l’annotation « OK » pour éviter une telle situation, et c’est ce qu’il aurait fait selon moi.

[29] Par conséquent, l’appellant n’a pas démontré qu’il existe une possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment si le ministère public s’était acquitté de ses obligations de communication.

[30] Cela m’amène à la seconde question en litige dans le présent pourvoi, à savoir si on peut dire que la conduite du ministère public et de la police, qui était inappropriée à certains égards, a dépassé les bornes et entraîné une erreur judiciaire.

#### V. Conclusions de la Cour d’appel : apparence d’iniquité

[31] Afin de déterminer si la conduite du ministère public et de la police a entraîné une erreur judiciaire, la Cour d’appel a examiné les cinq allégations suivantes d’actes fautifs soulevées par l’appellant : [TRADUCTION] « . . . la non-communication, les violations de la *Loi sur les jurys* et de la législation provinciale relative à la protection de la vie privée, l’utilisation abusive des bases de données de la police et le libellé de la note [du 10 septembre 2008] du procureur de la Couronne » (par. 54).

[32] Avant de se pencher sur ces questions, la cour a examiné certains éléments contextuels, notamment la procédure par laquelle les candidats jurés sont tenus de déclarer eux-mêmes qu’ils ont un casier judiciaire.

[33] Dans un rapport publié à la suite d’une enquête qu’elle a menée sur les pratiques en matière d’évaluation des candidats jurés du bureau des procureurs de la Couronne de Barrie et des autres bureaux des procureurs de la Couronne, la commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Ontario a conclu que la procédure de

*Conducted on Prospective Jurors: A Special Investigation Report* (2009), at p. 141).

[34] In that report, at p. 127, the Commissioner determined that while it was acceptable for the police to disclose to Crown counsel criminal record information going to a prospective juror's eligibility, it was a breach of provincial privacy legislation to provide other personal information relating to a prospective juror.

[35] The Court of Appeal further noted that under the rules of professional conduct prepared by the Law Society of Upper Canada and the Canadian Bar Association, inquiries made by the parties for the purpose of exercising a challenge for cause, including investigations about criminal records under s. 638(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, were not prohibited (see Law Society of Upper Canada, *Rules of Professional Conduct* (online), Rule 4.05(1) to (3) and associated commentary; Canadian Bar Association, *Code of Professional Conduct* (online), Rule 9, note 21). If pertinent information was obtained, it was to be disclosed to the other side.

[36] Finally, the court considered the two prospective jurors whom the defence had "unnecessarily" challenged and pointed out that the Crown could have brought their possible criminal antecedents to the attention of the trial judge. The trial judge could then have made inquiries and excused the prospective jurors on the basis of ineligibility or other reasonable cause, if warranted.

[37] Having identified these contextual matters, the court turned its attention to the alleged wrongdoings.

[38] Commencing with non-disclosure, the court acknowledged that the Crown had failed to meet its disclosure obligations. But in deciding whether a

déclaration volontaire des candidats jurés comportait [TRADUCTION] « de graves lacunes » (voir *Excessive Background Checks Conducted on Prospective Jurors: A Special Investigation Report* (2009), p. 141).

[34] À la page 127 de ce rapport, la commissaire a conclu que bien qu'il fût acceptable que la police fournisse au procureur de la Couronne des renseignements sur le casier judiciaire d'un individu qui peuvent compromettre son habilité à exercer la fonction de juré, la communication d'autres renseignements personnels concernant un candidat juré constituait une violation de la législation provinciale relative à la protection de la vie privée.

[35] La Cour d'appel a également souligné que, aux termes des codes de déontologie préparés par le Barreau du Haut-Canada et par l'Association du Barreau canadien, les vérifications effectuées par les parties afin d'utiliser une récusation motivée, y compris les enquêtes relatives au casier judiciaire pour se prévaloir du motif prévu à l'al. 638(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, n'étaient pas interdites (voir Barreau du Haut-Canada, *Code de déontologie* (en ligne), règle 4.05(1) à (3) et commentaire connexe; Association du Barreau canadien, *Code de déontologie professionnelle* (en ligne), règle 9, note 21). Si des renseignements pertinents étaient obtenus, ils devaient être communiqués à la partie adverse.

[36] Enfin, en ce qui concerne les deux candidats jurés que la défense avait « inutilement » récusés, la cour a fait remarquer que le ministère public aurait pu porter leurs possibles antécédents criminels à l'attention du juge du procès. Ce dernier aurait alors pu faire des vérifications et dispenser ces candidats jurés pour cause d'inhabilité ou pour tout autre motif raisonnable, le cas échéant.

[37] Ayant défini ces éléments contextuels, la cour s'est penchée sur les actes dont l'appelant prétend qu'ils étaient fautifs.

[38] Tout d'abord, en ce qui concerne la question de la non-communication, la cour a reconnu que le ministère public ne s'était pas acquitté de



miscarriage of justice had occurred, the court reiterated its finding that the breach did not have a discernible impact on the composition of the jury.

[39] As for the alleged breaches of provincial privacy legislation, the court found that they “add[ed] nothing to the miscarriage of justice claim” (para. 59). Any rights infringed were those of the potential jurors, not the appellant. The rights of prospective jurors had been investigated by the Information and Privacy Commissioner and recommendations had been made to better protect the privacy interests of prospective jurors. According to the court, that was “the appropriate remedy” (para. 59). It would be “excessive” to grant the appellant a remedy for breaches committed against potential jurors.

[40] The court next considered the misuse of police databases and the memorandum from the Crown Attorney asking for “comments . . . concerning any disreputable persons we would not want as a juror”. Of the various allegations of wrongdoing alleged by the appellant, the court found these two aspects to be “most troubling”:

This use of police resources and attempt to align the Crown with the police is inconsistent with Crown counsel’s obligation to ensure that the accused receives a fair trial. [para. 60]

[41] Despite this concern, the court felt that “what occurred must be put in context” (para. 60). Most of the information received from the police related to criminal record information. In the two instances where the information went beyond that, one of the prospective jurors was not called forward in the jury selection process; the other was challenged by the defence, so there was “no way of knowing how Crown counsel would have used the information” — which, in any event, “did

ses obligations de communication. Cependant, lorsqu’elle s’est penchée sur l’existence possible d’une erreur judiciaire, la cour a réitéré la conclusion selon laquelle la violation n’avait pas eu un effet perceptible sur la composition du jury.

[39] Quant aux allégations de violation de la législation provinciale relative à la protection de la vie privée, la cour a conclu qu’elles n’[TRADUCTION] « ajout[aient] rien à l’allégation d’erreur judiciaire » (par. 59). Les droits qui auraient été violés étaient ceux des candidats jurés, non ceux de l’appellant. Les droits des candidats jurés avaient fait l’objet d’une enquête par la commissaire à l’information et à la protection de la vie privée et des recommandations avaient été formulées afin de mieux protéger leur droit à la vie privée. Selon la cour, il s’agissait « de la réparation appropriée » (par. 59). Il serait « excessif » d’accorder à l’appellant une réparation pour des violations commises à l’encontre de candidats jurés.

[40] La cour a ensuite examiné la question de l’utilisation abusive des bases de données de la police et la note du procureur de la Couronne sollicitant des [TRADUCTION] « commentaires [. . .] au sujet des personnes peu recommandables dont nous ne voudrions pas comme jurés ». La cour a jugé que parmi les diverses allégations d’actes fautifs soulevées par l’appellant ces deux éléments étaient « les plus troublants » :

[TRADUCTION] Cette utilisation de ressources dont dispose la police et la tentative de mettre de connivence le ministère public avec la police sont incompatibles avec l’obligation incombant au procureur de la Couronne de s’assurer que l’accusé obtienne un procès équitable. [par. 60]

[41] Malgré cette réserve, la cour a estimé que [TRADUCTION] « les faits doivent être replacés dans leur contexte » (par. 60). La plupart des renseignements reçus de la police se rapportaient aux casiers judiciaires de certains candidats jurés. Dans les deux cas où les renseignements débordaient ce cadre, un des candidats jurés n’a pas été appelé durant le processus de sélection des jurés; l’autre a été récusé par la défense. Il n’y avait donc « aucun moyen de savoir de quelle façon la procureure de la

not impact on the appearance of fairness of the trial” (para. 60).

[42] In the end, the court refused to give effect to the appellant’s submission that the conduct of the Crown and the police had occasioned a miscarriage of justice. At para. 61, the court stated:

The collection and disclosure of this information was a misuse of the police databases and should not have occurred. It would appear to be a product of the Crown Attorney’s letter, which was improperly worded. But, did this process so taint the administration of justice that a verdict reached by a properly constituted jury be set aside? In my view, that would be a disproportionate reaction. The conduct of the police service and the Crown Attorney’s office is not the kind of egregious misconduct that brings the administration of justice into disrepute or would lead reasonable people to believe that the appearance of justice had been undermined.

#### VI. Analysis: Appearance of Unfairness

[43] This case is more troublesome than the *Yumnu* appeals because by the time of the appellant’s trial, all Crown offices across the province of Ontario had received the March 31, 2006 Practice Memorandum to which I have referred. That memorandum made it clear that any jury vetting carried out by the police was to be restricted to “criminal record checks” and that “any concrete information provided by police to the Crown suggesting that an individual may not be impartial” was to be disclosed to the defence.

[44] The record is silent as to why that memorandum was not complied with. Whatever the reason, it is apparent that the Barrie Crown Attorney’s Office simply continued to carry on the practice it had been following for some years. That is unacceptable — but I do not put it down to malevolence or intentional wrongdoing. While disconcerting, the evidence falls well short of establishing that the police and the Crown conspired to obtain a jury favourable to their cause.

Couronne aurait utilisé ces renseignements » — ce qui, de toute façon, « n’a eu aucune incidence sur l’apparence d’équité du procès » (par. 60).

[42] En fin de compte, la cour n’a pas retenu l’argument de l’appelant selon lequel la conduite du ministère public et de la police avait entraîné une erreur judiciaire. En effet, au par. 61, la Cour d’appel s’est exprimée ainsi :

[TRADUCTION] La collecte et la communication de ces renseignements constituaient une utilisation abusive des bases de données de la police et n’auraient pas dû avoir lieu. Cela semble être le fruit de la lettre du procureur de la Couronne, qui n’était pas formulée comme elle aurait dû l’être. Toutefois, ce processus a-t-il déconsidéré l’administration de la justice au point de devoir rejeter un verdict prononcé par un jury dûment constitué? À mon avis, une telle réaction serait disproportionnée. La conduite du service de police et du bureau du procureur de la Couronne n’est pas le genre de conduite inacceptable qui déconsidère l’administration de la justice ou qui amènerait une personne raisonnable à penser que l’apparence de justice a été compromise.

#### VI. Analyse : apparence d’iniquité

[43] La présente affaire est plus troublante que les pourvois *Yumnu* puisque, au moment du procès de l’appelant, tous les bureaux des procureurs de la Couronne de la province de l’Ontario avaient reçu l’avis de pratique du 31 mars 2006 susmentionné. Cet avis indiquait clairement que toute évaluation des candidats jurés effectuée par la police devait se limiter à [TRADUCTION] « la vérification du casier judiciaire » et que « tout renseignement concret que la police fournit au procureur de la Couronne qui laisse entendre qu’une personne n’est peut-être pas impartiale » devait être communiqué à la défense.

[44] Le dossier ne révèle pas pourquoi cet avis n’a pas été respecté. Quelle qu’en soit la raison, il appert que le bureau des procureurs de la Couronne de Barrie a tout simplement continué la pratique qu’il suivait depuis des années. C’est inacceptable — mais je n’attribue pas cela à de la malveillance ou à une faute intentionnelle. Malgré son caractère déconcertant, la preuve est bien loin de démontrer que la police et le ministère public ont comploté pour obtenir un jury qui leur serait favorable.

[45] At bottom, the Crown wanted to be aware of prospective jurors who either had a criminal record or who, because of prior involvement with the authorities, might have difficulty remaining neutral and approaching the case with an open mind. While the Crown and the police may have gone about it in the wrong way, the law as to what they could and could not do and how far they could go in checking out the criminal antecedents of potential jurors was anything but clear. Certainly, the rules of professional conduct prepared by the Law Society of Upper Canada and the Canadian Bar Association contemplated inquiries that went beyond mere criminal record checks and included information that could form the basis of a challenge for cause.

[46] The situation in *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217, where the police actually sought out potential jurors and provided them with a questionnaire designed to obtain their views on a number of issues, is a stark example of the kind of conduct that the authorities knew, or should have known, is off-limits and completely unacceptable.

[47] But short of situations like that, there was a good deal of grey, not just on the Crown side of the ledger but the defence side as well, as to the nature and extent of background checking that could lawfully be carried out and the type of information that must be disclosed, short of cases involving obvious partiality.

[48] In the present case, as explained in the *Yumnu* appeals, the Crown was entitled to have the police check the antecedents of prospective jurors for ineligibility purposes and challenge for cause purposes under s. 638(1)(c) of the *Criminal Code*. It was not entitled to have the police go further and use their databases to determine if a prospective juror was, or might be, a person of disreputable character. By the same token, if, by chance, information of that nature were to come to light during a valid criminal record search, it would be proper to bring it to the Crown's attention. If the Crown considered it to be relevant to the jury selection

[45] Au fond, le ministère public voulait savoir quels candidats jurés avaient un casier judiciaire ou, en raison de démêlés antérieurs avec les autorités, pourraient avoir de la difficulté à demeurer neutres et à aborder l'affaire avec un esprit ouvert. Bien que le ministère public et la police aient peut-être procédé de la mauvaise façon, les règles de droit régissant ce qu'ils pouvaient et ne pouvaient pas faire et jusqu'où ils pouvaient aller pour vérifier les antécédents criminels des candidats jurés était loin d'être claires. Certes, les codes de déontologie préparés par le Barreau du Haut-Canada et l'Association du Barreau canadien envisageaient des enquêtes qui allaient au-delà de la simple vérification du casier judiciaire et qui fournissaient des renseignements susceptibles de justifier une récusation motivée.

[46] La situation dans l'affaire *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217, où la police est allée voir les candidats jurés et leur a remis un questionnaire afin d'obtenir leur opinion sur un certain nombre de questions, est un exemple frappant de conduite que les autorités savaient, ou auraient dû savoir, interdite et totalement inacceptable.

[47] Cependant, hormis les situations comme celle-là, il y avait beaucoup de zones grises, non seulement du côté du ministère public, mais également du côté de la défense, quant à la nature et à l'étendue de la vérification des antécédents qui pouvait être effectuée légalement et au type de renseignements qui devaient être communiqués, sauf en cas de partialité évidente.

[48] En l'espèce, tel qu'il a été expliqué dans les pourvois *Yumnu*, le ministère public avait le droit de demander à la police de vérifier les antécédents des candidats jurés pour savoir s'ils étaient habiles ou non à occuper cette fonction et sujets à une récusation motivée en application de l'al. 638(1)c) du *Code criminel*. Il n'avait pas le droit de demander à la police d'aller plus loin et d'utiliser ses bases de données afin de déterminer si un candidat juré était, ou pouvait être, un individu peu recommandable. Dans le même ordre d'idées, si, par hasard, des renseignements de cette nature devaient être dévoilés lors d'une vérification valide du casier

process, it would be obliged to disclose the information to the defence.

[49] In sum, there is no basis for concluding that the Crown and the police conspired to obtain a jury favourable to their cause. Nor can it be said that the errors they made in carrying out the process — going beyond criminal record checks and failing to disclose information of discreditable conduct not resulting in a criminal conviction — were so obvious and so clearly wrong that they knew, or should have known, better. What occurred here is a far cry from the conduct at issue in *Latimer* — conduct which was manifestly inappropriate and which this Court condemned as “a flagrant abuse of process and interference with the administration of justice” (para. 43).

[50] In the end, while the conduct of the police and the Crown was in some respects improper and should not be repeated, I am not persuaded that what occurred here constituted a serious interference with the administration of justice, nor was it so offensive to the community’s sense of fair play and decency that the proceedings should be set aside as a miscarriage of justice.

## VII. Conclusion

[51] The appellant had a fair trial and I am not persuaded that the conduct of the Crown and the police crossed the line and occasioned a miscarriage of justice. Accordingly, I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Rusonik, O’Connor, Robbins, Ross, Gorham & Angelini, Toronto; Daniel Brown Law Office, Toronto.*

judiciaire, il y aurait lieu de les porter à l’attention du ministère public. Si celui-ci estimait qu’ils étaient pertinents pour le processus de sélection des jurés, il serait tenu de communiquer ces renseignements à la défense.

[49] En somme, rien ne permet de conclure que le ministère public et la police ont comploté pour obtenir un jury qui leur serait favorable. On ne peut pas dire non plus que les erreurs qu’ils ont commises en procédant ainsi — soit en allant au-delà de la vérification du casier judiciaire et en omettant de communiquer des renseignements concernant des conduites indignes n’ayant pas abouti à une condamnation criminelle — étaient tellement flagrantes et graves qu’ils savaient, ou auraient dû savoir, ce qu’il en était. Ce qui s’est passé en l’espèce est très éloigné de la conduite en cause dans l’affaire *Latimer* — conduite qui était manifestement inappropriée et que la Cour a condamnée parce qu’elle constituait « un abus de procédure flagrant et une entrave à l’administration de la justice » (par. 43).

[50] En fin de compte, bien que la conduite de la police et du ministère public fût inappropriée à certains égards et ne doive pas se reproduire, je ne suis pas persuadé que ce qui s’est passé en l’espèce constituait une entrave sérieuse à l’administration de la justice, ni que cela heurtait le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société au point où la procédure devrait être annulée pour cause d’erreur judiciaire.

## VII. Conclusion

[51] L’appelant a eu un procès équitable et je ne suis pas persuadé que la conduite du ministère public et de la police a dépassé les bornes et entraîné une erreur judiciaire. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l’appelant : Rusonik, O’Connor, Robbins, Ross, Gorham & Angelini, Toronto; Daniel Brown Law Office, Toronto.*

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

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Addario Law Group, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Addario Law Group, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Ontario Crown Attorneys' Association: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Ontario Crown Attorneys' Association : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario : Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Université de Toronto, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Anthony Moustacalis, Toronto; Brauti Thorning Zibarras, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Anthony Moustacalis, Toronto; Brauti Thorning Zibarras, Toronto.*

**Troy Gilbert Davey** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association,  
British Columbia Civil Liberties Association,  
Information and Privacy Commissioner  
of Ontario, David Asper Centre for  
Constitutional Rights and Criminal Lawyers’  
Association** *Intervenors*

**INDEXED AS: R. v. DAVEY**

**2012 SCC 75**

File No.: 34179.

2012: March 14, 15; 2012: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Jurors — Selection — Appellant convicted of first degree murder for killing police officer — Prior to trial, Crown seeking personal opinions of local police officers as to “suitability” of prospective jurors for use in exercise of peremptory challenges — Neither annotated jury panel lists setting out opinions of local police officers nor fact that inquiries had been made was disclosed to defence — Whether it was appropriate to seek such opinions — Whether there should have been disclosure of same — Whether there is a reasonable possibility that such conduct affected trial fairness or gave rise to an appearance of unfairness, such that a miscarriage of justice occurred — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(iii).*

D killed a police officer by slashing his throat. The only issue at trial was whether D had the requisite intent

**Troy Gilbert Davey** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Association canadienne des libertés civiles,  
Association des libertés civiles de la  
Colombie-Britannique, Commissaire à  
l’information et à la protection de la vie  
privée de l’Ontario, David Asper Centre for  
Constitutional Rights et Criminal Lawyers’  
Association** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. DAVEY**

**2012 CSC 75**

N° du greffe : 34179.

2012 : 14, 15 mars; 2012 : 21 décembre.

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 — Jurés — Sélection — Appelant déclaré coupable du meurtre au premier degré d’un policier — Demande adressée par la Couronne à des policiers de l’endroit avant le procès et sollicitant leur opinion personnelle sur l’« aptitude » des candidats jurés en vue de l’utilisation de ses récusations péremptoires — Ni les tableaux des jurés annotés faisant état des opinions des policiers de l’endroit, ni le fait que des demandes de renseignements avaient été présentées n’ont été communiqués à la défense — Était-il acceptable de solliciter de telles opinions? — Les opinions obtenues auraient-elles dû être communiquées? — Existe-t-il une possibilité raisonnable qu’une telle conduite ait nui à l’équité du procès ou ait donné lieu à une apparence d’iniquité entraînant une erreur judiciaire? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1a)(iii).*

D a tué un agent de police en lui tranchant la gorge. La seule question en litige au procès était celle de savoir

for murder, or whether he was guilty of manslaughter. D was convicted of first degree murder.

Approximately three weeks before trial, the jury panel lists were provided to both the Crown and the defence. The Crown sought the personal opinions of police officers from local police services regarding the suitability of prospective jurors, including any potential partiality for or against the Crown, for the purpose of exercising peremptory challenges. It was understood that police databases would not be used to check the lists, and that the comments were to be based on the officers' knowledge of potential jurors in the community. One or two officers at each police service would review the lists and make general comments, such as "good", "yes", "ok" or "no", or brief specific comments regarding relationships or roles in the community. The responses were compiled in a master list by an employee of the Crown office. Neither this list, nor the fact that inquiries had been made, was disclosed to the defence. Two of the jurors ultimately selected were noted as "good" and "ok" by the police services.

D appealed his conviction, alleging errors in the charge to the jury. While the appeal was pending, D requested and received the annotated jury panel lists. The Court of Appeal allowed the fresh evidence on the jury vetting issue, but ultimately dismissed the appeal, concluding that the police opinions were not "information" that was required to be disclosed; that the early release of the jury panel lists did not impact trial fairness; that the privacy rights of prospective jurors were not breached; and that the jury would not have been differently constituted if there had been disclosure of the police comments. Only the jury vetting issue has been appealed to this Court.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Informal consultation with police officers must be approached with caution and the Crown should not engage in systematic consultations with police services regarding the suitability of jurors given the real risk that such inquiries could represent access to an informal database of the contacts a prospective juror

si D avait eu l'intention requise pour commettre un meurtre ou s'il était coupable d'homicide involontaire coupable. Il a été déclaré coupable de meurtre au premier degré.

Environ trois semaines avant le procès, les tableaux des jurés ont été remis à la fois à la Couronne et à la défense. En vue de l'utilisation de ses récusations péremptoires, la Couronne a demandé à des policiers de services de police régionaux de lui faire part de leur opinion personnelle sur l'aptitude des candidats jurés, notamment sur l'existence d'une possible partialité en sa faveur ou à son encontre. Il était entendu que les bases de données de la police ne seraient pas utilisées pour vérifier les tableaux et que les commentaires devaient être basés sur ce que ces policiers eux-mêmes savaient au sujet des candidats jurés au sein de la communauté. Un ou deux agents de chacun des services de police examineraient les tableaux et y inscriraient une mention générale comme « bon », « oui », « ok », « non », ou de brefs commentaires précis sur les liens qu'avaient les candidats jurés dans la communauté ou les rôles qu'ils y jouaient. Les réponses ont été rassemblées sur une liste maîtresse par un employé du bureau des procureurs de la Couronne. Ni cette liste ni le fait que des demandes de renseignements avaient été présentées n'ont été communiqués à la défense. Deux des jurés qui ont finalement été choisis avaient été qualifiés de « bon » et « ok » respectivement par les services de police.

D a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité, invoquant la présence d'erreurs dans les directives au jury. Avant l'audition de l'appel, l'appelant a demandé et reçu les tableaux des jurés annotés. La Cour d'appel a autorisé la présentation des nouveaux éléments de preuve sur la question de l'évaluation des jurés, mais elle a finalement rejeté l'appel, concluant que les opinions des policiers n'étaient pas des « renseignements » qui devaient être communiqués, que la communication anticipée des tableaux des jurés n'avait eu aucune incidence sur l'équité du procès, que le droit à la vie privée des candidats jurés n'avait pas été violé et que le jury n'aurait pas été constitué différemment s'il y avait eu communication des commentaires des policiers. Seule la question de l'évaluation des jurés fait l'objet du pourvoi devant notre Cour.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

La prudence s'impose en ce qui concerne les consultations officielles menées auprès d'agents de police, et la Couronne ne devrait pas consulter systématiquement les services de police au sujet de l'aptitude des jurés, étant donné le risque véritable que de telles demandes de renseignements aient pour effet de donner accès

has had with the police services and the criminal justice system. However, for the purpose of exercising its discretion in the peremptory challenge process, the Crown is permitted to ask the opinion of someone who is part of the prosecution team, or to consult with those assisting the prosecution, including individual police officers, regarding concerns relating to partiality, eligibility, or suitability of any prospective juror. Provided that any relevant information is disclosed, consultation that is limited to a few individual police officers does not, in itself, create an imbalance or an appearance of unfairness. Nor does it represent an unjustified invasion of juror privacy. It is consistent with the duty to uphold an impartial and competent jury. It is consistent with the right to exercise discretionary challenges. It is consistent with the rules of professional conduct. And it is consistent with consultation conducted by the defence.

If the Crown seeks the opinion of a police officer, any information received relevant to the selection process (touching on a potential juror's eligibility, suitability, or ability to remain impartial) must be disclosed. However, general impressions, personal or public knowledge in the community, rumours or hunches, need not be disclosed. To the extent that the underlying information is readily ascertainable by members of the community, it is not linked to the prosecution's role as an agent of the state, or to the Crown's disproportionate access to resources, and there is no onus on the Crown to bring forward information that is readily obtainable elsewhere. This is not to say that the Crown is required to disclose the opinions of police along with the information on which those opinions are based. So long as the underlying information is disclosed, the defence will have access to the material on which the opinion is based, and can draw its own inferences for the purpose of exercising its peremptory challenges. However, where a police officer has knowledge, whether derived from her role as an officer or as a member of the community, that is relevant to the jury selection process, she must disclose it.

The assessment of the impact of a failure to disclose required under the *Dixon* test should be modified when the undisclosed information bears upon the choice

à des sources d'information officielles concernant les contacts qu'a eus un candidat juré avec les services policiers et le système de justice pénale. Toutefois, afin d'exercer son pouvoir discrétionnaire en matière de récusations péremptoires, la Couronne est autorisée à solliciter l'opinion d'une personne qui fait partie de l'équipe chargée des poursuites ou à consulter les personnes qui assistent la poursuite, y compris des agents de police individuellement, à propos de doutes quant à la partialité, l'habileté ou l'aptitude d'un candidat juré. Pourvu que tout renseignement pertinent soit communiqué, une consultation limitée à un petit nombre de policiers ne crée pas en soi un déséquilibre ou une apparence d'iniquité. Elle ne constitue pas non plus une atteinte injustifiée à la vie privée des jurés. Cette façon de faire est compatible avec l'obligation de veiller à la constitution d'un jury impartial et compétent. Elle concourt à l'exercice du droit de procéder à des récusations péremptoires. Elle est conforme aux règles de déontologie professionnelle. Et elle est logique, compte tenu des consultations auxquelles se livre de son côté la défense.

Si la Couronne sollicite l'opinion d'un policier, elle doit communiquer tout renseignement pertinent dans le cadre du processus de sélection (relativement à l'habileté d'un candidat juré, à son aptitude ou à sa capacité à demeurer impartial) qu'elle reçoit de ce policier. Cependant, des impressions générales, des faits possédant un caractère notoire dans la communauté ou relevant d'une connaissance personnelle, des rumeurs ou des intuitions n'ont pas à être communiqués. Dans la mesure où l'information à la base de tels renseignements peut être aisément trouvée par des membres de la communauté, elle n'est pas liée au rôle que joue la poursuite en qualité d'agent de l'État ou à l'accès disproportionné de la Couronne à certaines ressources, et cette dernière n'est pas tenue de communiquer de l'information qu'il est facile d'obtenir autrement. Cela ne veut pas dire que la Couronne a l'obligation de communiquer les opinions exprimées par les policiers en plus de l'information sur laquelle ces opinions sont fondées. Tant que l'information à la base des opinions est communiquée, la défense a alors accès aux éléments sur lesquels repose l'opinion et elle pourra en tirer ses propres inférences en vue de l'utilisation de ses récusations péremptoires. Toutefois, lorsqu'une policière possède des renseignements pertinents pour le processus de sélection du jury — qu'elle les ait obtenus dans son rôle de policière ou en tant que membre de la communauté concernée —, elle doit les communiquer.

L'appréciation de l'effet d'une omission de communiquer que requiert l'analyse élaborée dans *Dixon* devrait être modifiée lorsque les renseignements non



of the trier of fact, rather than the merits of the case. Where the integrity of the choice of the trier of fact is at stake, the court must ask: first, whether the information ought to have been disclosed; and second, had the information been disclosed, whether there is a reasonable possibility that the jury would have been differently constituted. If not, trial fairness has not been compromised and the defence has not been prejudiced. Where non-disclosure interferes with the accused's use of his peremptory challenges to the extent that there is a reasonable possibility that the jury would have been differently constituted, this safeguard is undermined and the presumption that the jury is impartial may be displaced. The Crown would then have the opportunity to show, on balance, that the jury was impartial.

In the present case, the Crown should not have canvassed the three local police services for their opinion on the suitability of prospective jurors. These opinions clearly reflected information obtained as police officers and as residents in the community. In light of the broad nature of the inquiry conducted by the court officers, the numerous notations for which no basis was disclosed, and the fact that information obtained in the course of police activity may have played a role in the formation of the bald opinions provided, the Crown ought to have erred on the side of caution and disclosed the annotated jury panel lists to the defence.

It was nonetheless open to the Court of Appeal to find that there was no reasonable possibility that defence counsel would have exercised its peremptory challenges differently and that the jury would have been the same had the comments been disclosed. Absent any reasonable possibility that the defence was prejudiced or the trial was unfair, this finding is entitled to deference. Furthermore, the Crown's request for the police opinions and the failure to disclose those opinions were not so offensive to the community's sense of fair play and decency that the proceedings should be set aside as a miscarriage of justice. There was no appearance of unfairness that would shake the public's confidence in the administration of justice.

### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Spiers*, 2012 ONCA 798, 113 O.R. (3d) 1; *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777; *R. v. Emms*, 2012 SCC 74, [2012] 3 S.C.R. 810;

communiqués influent sur la sélection du juge des faits, plutôt que sur le fond de la cause. Dans les cas où l'intégrité du choix du juge des faits est en jeu, le tribunal doit répondre à deux questions : Premièrement, les renseignements auraient-ils dû être communiqués? Deuxièmement, si les renseignements avaient été communiqués, existe-t-il une possibilité raisonnable que le jury aurait été constitué différemment? Si la réponse est non, l'équité du procès n'a pas été compromise, et la défense n'a pas subi de préjudice. Lorsque la non-communication nuit à l'utilisation par l'accusé de ses récusations péremptoires dans une mesure telle qu'il existe une possibilité raisonnable que le jury aurait été constitué différemment, cette garantie est compromise et la présomption d'impartialité du jury peut avoir été repoussée. La Couronne se verrait alors accorder l'occasion de démontrer, suivant la prépondérance des probabilités, que le jury a été impartial.

En l'espèce, la Couronne n'aurait pas dû s'adresser aux trois services de police régionaux afin de recueillir l'opinion de leurs membres sur l'aptitude des candidats jurés. Ces opinions reflétaient clairement des renseignements obtenus à titre de policiers et à titre de résidents de la communauté. Compte tenu des consultations étendues menées par les policiers désignés, des nombreuses annotations dont le fondement n'était pas communiqué et du fait que des renseignements obtenus dans le cours d'activités policières ont pu influencer les opinions laconiques formulées, la Couronne aurait dû pécher par excès de prudence et communiquer à la défense les tableaux des jurés annotés.

Il était néanmoins loisible à la Cour d'appel de conclure qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable que l'avocat de la défense aurait utilisé différemment ses récusations péremptoires, et que le jury aurait été identique même si les commentaires avaient été communiqués. En l'absence de possibilité raisonnable que la défense ait subi un préjudice ou que le procès ait été inéquitable, cette conclusion commande la déférence. En outre, la demande de la Couronne afin d'obtenir l'opinion des policiers et son omission de communiquer les opinions ainsi obtenues n'ont pas porté atteinte telle au sens du franc-jeu et de la décence de la communauté que le procès devrait être annulé pour cause d'erreur judiciaire. Il n'y a eu aucune apparence d'iniquité qui ébranlerait la confiance de la population dans l'administration de la justice.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Spiers*, 2012 ONCA 798, 113 O.R. (3d) 1; *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777; *R. c. Emms*, 2012 CSC 74, [2012]

*R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783; *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217; *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. v. Kakegamic*, 2010 ONCA 903, 272 O.A.C. 205; *R. v. Teerhuis-Moar*, 2007 MBQB 165, 217 Man. R. (2d) 270; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Pan*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Fagan* (1993), 18 C.R.R. (2d) 191; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Wolkins*, 2005 NSCA 2, 229 N.S.R. (2d) 222; *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244; *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307; *R. v. Hobbs*, 2010 NSCA 62, 293 N.S.R. (2d) 126, leave to appeal refused, [2010] 3 S.C.R. vi; *R. v. Burke*, 2002 SCC 55, [2002] 2 S.C.R. 857; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(d).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 626 to 644, 638(1)(c), 686(1)(a)(iii).  
*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31.  
*Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3, ss. 18(2), 20.  
*Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. M.56.

#### Authors Cited

Federation of Law Societies of Canada. *Model Code of Professional Conduct*, updated December 13, 2011 (online: <http://www.flsc.ca>).  
 Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct*, updated April 26, 2012 (online: <http://www.lsuc.on.ca>).  
 Ontario. Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Blair and Juriansz J.J.A.), 2010 ONCA 818, 103 O.R. (3d) 161, 272 O.A.C. 108, 264 C.C.C. (3d) 465, 81 C.R. (6th) 254, [2010] O.J. No. 5194 (QL), 2010 CarswellOnt 9068, upholding the accused's conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

3 R.C.S. 810; *R. c. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783; *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217; *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65; *R. c. Kakegamic*, 2010 ONCA 903, 272 O.A.C. 205; *R. c. Teerhuis-Moar*, 2007 MBQB 165, 217 Man. R. (2d) 270; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Pan*, 2001 CSC 42, [2001] 2 R.C.S. 344; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Fagan* (1993), 18 C.R.R. (2d) 191; *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Wolkins*, 2005 NSCA 2, 229 N.S.R. (2d) 222; *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244; *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307; *R. c. Hobbs*, 2010 NSCA 62, 293 N.S.R. (2d) 126, autorisation d'appel refusée, [2010] 3 R.C.S. vi; *R. c. Burke*, 2002 CSC 55, [2002] 2 R.C.S. 857; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11d).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 626 à 644, 638(1)c), 686(1)a)(iii).  
*Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31.  
*Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. M.56.  
*Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, ch. J.3, art. 18(2), 20.

#### Doctrine et autres documents cités

Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*, mis à jour 26 avril 2012 (en ligne : <http://www.lsuc.on.ca>).  
 Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada. *Code type de déontologie professionnelle*, mis à jour 13 décembre 2011 (en ligne : <http://www.flsc.ca>).  
 Ontario. Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Blair et Juriansz), 2010 ONCA 818, 103 O.R. (3d) 161, 272 O.A.C. 108, 264 C.C.C. (3d) 465, 81 C.R. (6th) 254, [2010] O.J. No. 5194 (QL), 2010 CarswellOnt 9068, qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

*Christopher Hicks and Theodore Sarantis*, for the appellant.

*Michal Fairburn, Deborah Krick, John S. McInnes and Susan Magotiaux*, for the respondent.

*Frank Addario*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Nader R. Hasan and Gerald J. Chan*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*William S. Challis and Stephen McCammon*, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario.

*Cheryl Milne and Lisa Austin*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Anthony Moustacalis and Peter Thorning*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

The judgment to the Court was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — This is one of several cases before the Court dealing with the issue of jury vetting, which arose in the wake of the revelation that a number of Crown offices in Ontario had engaged in a practice of inquiring into the backgrounds of prospective jurors prior to the jury selection process.<sup>1</sup> In the other four cases before this Court, *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777 (appellants Yumnu, Cardoso and Duong), and *R. v. Emms*, 2012 SCC 74, [2012] 3 S.C.R. 810, my colleague Moldaver J. addresses the issue of whether it is appropriate for the Crown to ask the police to access state databases in order to determine juror eligibility. He concludes that criminal record checks to determine eligibility under provincial legislation and under s. 638(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, are not

1 The parties brought to our attention that while these appeals were under reserve, the Ontario Court of Appeal released a further decision regarding jury vetting, *R. v. Spiers*, 2012 ONCA 798, 113 O.R. (3d) 1.

*Christopher Hicks et Theodore Sarantis*, pour l'appellant.

*Michal Fairburn, Deborah Krick, John S. McInnes et Susan Magotiaux*, pour l'intimé.

*Frank Addario*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Nader R. Hasan et Gerald J. Chan*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

*William S. Challis et Stephen McCammon*, pour l'intervenant le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

*Cheryl Milne et Lisa Austin*, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Anthony Moustacalis et Peter Thorning*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Le présent pourvoi fait partie d'un groupe d'instances dont la Cour est saisie relativement à la question de l'évaluation des jurés. Ces affaires découlent de la révélation selon laquelle un certain nombre de bureaux des procureurs de la Couronne en Ontario s'étaient livrés à une pratique consistant à s'enquérir des antécédents des candidats jurés avant la tenue du processus de sélection du jury<sup>1</sup>. Dans les quatre autres pourvois, *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777 (appelants Yumnu, Cardoso et Duong), et *R. c. Emms*, 2012 CSC 74, [2012] 3 R.C.S. 810, mon collègue le juge Moldaver traite de la question de savoir s'il est acceptable que la Couronne demande aux policiers de consulter des bases de données étatiques pour décider de l'habilité de candidats jurés à siéger au sein d'un jury. Il conclut

1 Les parties ont porté à notre attention le fait que, pendant que le présent pourvoi et les appels connexes étaient en délibéré, la Cour d'appel de l'Ontario a rendu une autre décision sur la question de l'évaluation des jurés, *R. c. Spiers*, 2012 ONCA 798, 113 O.R. (3d) 1.

improper, provided any information obtained relevant to the jury selection process is disclosed to the defence.

[2] In this case, the Crown's office did not seek information regarding prospective jurors from any state database, and the police did not conduct any investigation. Instead, the Crown office sought the personal opinions of police officers from three local police services with regard to prospective jurors.

[3] The issue in this case is whether it was appropriate for the Crown to seek the opinion of local police officers as to the "suitability" of prospective jurors, for the purpose of assisting the Crown in the exercise of its peremptory challenges and, if so, whether those opinions should have been disclosed. Ultimately, this case turns on whether there is a reasonable possibility that such conduct affected trial fairness or gave rise to an appearance of unfairness, such that a miscarriage of justice occurred.

[4] This was a notorious case in the local community. There was no dispute that the appellant, Davey, killed a police officer by slashing his throat. The only issue at trial was whether the appellant had the requisite intent for murder, or whether he was guilty of manslaughter. On February 22, 2007, in Cobourg, Ontario, the appellant was convicted of first degree murder.

[5] The appellant appealed his conviction to the Court of Appeal for Ontario, alleging errors in the charge to the jury. While the appeal was pending, the appellant requested and received the annotated jury panel lists. The Court of Appeal allowed the fresh evidence on the jury vetting issue, but ultimately dismissed the appeal (2010 ONCA 818, 103

que les vérifications de casier judiciaire effectuées aux fins de détermination de l'habilité en vertu des lois provinciales et de l'al. 638(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, n'ont rien d'irrégulier, pourvu que tout renseignement ainsi obtenu et pertinent à l'égard du processus de sélection du jury soit communiqué à la défense.

[2] En l'espèce, le bureau du procureur de la Couronne n'a pas sollicité d'information figurant dans des bases de données étatiques au sujet de candidats jurés, et la police n'a mené aucune enquête. Il a plutôt demandé à des policiers de trois services de police régionaux de lui faire part de leur opinion personnelle relativement aux candidats jurés.

[3] Dans le présent pourvoi, la question en litige consiste à se demander s'il était acceptable que la Couronne demande à des policiers de l'endroit de l'aider à utiliser ses récusations péremptoires en lui donnant leur avis sur l'« aptitude » d'éventuels jurés, et, dans l'affirmative, si ces opinions auraient dû être communiquées à l'autre partie. En dernière analyse, le sort du présent pourvoi dépend de la réponse à la question de savoir s'il existe une possibilité raisonnable que cette conduite ait porté atteinte à l'équité du procès ou créé une apparence d'iniquité telle qu'il en a résulté une erreur judiciaire.

[4] Cette affaire avait un caractère notoire dans la communauté concernée. Le fait que l'appellant Davey avait tué un agent de police en lui tranchant la gorge n'était pas contesté. La seule question en litige au procès était celle de savoir si l'appellant avait eu l'intention requise pour commettre un meurtre ou s'il était coupable d'homicide involontaire coupable. Le 22 février 2007, à Cobourg en Ontario, l'appellant a été déclaré coupable de meurtre au premier degré.

[5] L'appellant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario, invoquant la présence d'erreurs dans les directives au jury. Avant l'audition de l'appel, l'appellant a demandé et reçu les tableaux des jurés annotés. La Cour d'appel a autorisé la présentation des nouveaux éléments de preuve sur la question de

O.R. (3d) 161). Only the jury vetting issue has been appealed to this Court.

[6] The appellant seeks a new trial on the basis that the collection and non-disclosure of opinions from the court officers (police officers designated to assist Crown counsel with court-related duties) occasioned a miscarriage of justice within the meaning of s. 686(1)(a)(iii) of the *Criminal Code*. Three of the jurors chosen in this case had notations from a police officer stating either “good”, “ok”, or “no”. The appellant argues that there is a reasonable possibility that the defence would have exercised their peremptory challenges differently if they had known of these notations, and the jury would have been differently constituted. The appellant says that the Crown did not fulfil its disclosure obligations, breached the privacy rights of potential jurors, and accessed state resources, thus creating an imbalance in the jury selection process and the appearance of a jury favourable to the Crown. Thus, the appellant submits that the trial was unfair and that the appearance of unfairness requires a new trial.

[7] The Court of Appeal concluded that the police opinions were not “information” that was required to be disclosed; that the early release of the jury panel lists did not impact trial fairness; that the privacy rights of prospective jurors were not breached; and that the jury would not have been differently constituted if there had been disclosure of the police comments. It dismissed the appeal.

[8] In my view, there should be no systematic distribution of jury panel lists to police services for comment regarding the suitability of jurors. In exercising its peremptory challenges, the Crown should not have the advantage of the use of state resources, which are not available to the defence, to choose a jury that may be perceived to be favourable to the Crown. Further, the privacy interests of

l'évaluation des jurés, mais elle a finalement rejeté l'appel (2010 ONCA 818, 103 O.R. (3d) 161). Seule la question de l'évaluation des jurés fait l'objet du pourvoi devant notre Cour.

[6] L'appellant réclame un nouveau procès, au motif que l'obtention d'opinions de la part des « policiers désignés » (des agents de police chargés d'assister le procureur de la Couronne dans des tâches liées aux instances devant les tribunaux) et le fait que ces opinions n'ont pas été communiquées ont occasionné une erreur judiciaire visée au sous-al. 686(1)(a)(iii) du *Code criminel*. À côté du nom de trois des jurés choisis en l'espèce, un policier avait inscrit les mentions [TRADUCTION] « bon », « ok » ou « non ». L'appellant prétend qu'il existe une possibilité raisonnable que la défense aurait utilisé autrement ses récusations péremptoires si elle avait connu l'existence de ces mentions, et que le jury aurait été constitué différemment. Il affirme que la Couronne ne s'est pas acquittée de ses obligations de communication, qu'elle a violé le droit à la vie privée des candidats jurés et qu'elle a consulté des ressources étatiques, créant ainsi un déséquilibre dans le processus de sélection du jury et l'apparence que le jury lui était favorable. En conséquence, l'appellant soutient que le procès a été inéquitable et que l'apparence d'iniquité requiert la tenue d'un nouveau procès.

[7] La Cour d'appel a conclu que les opinions des policiers n'étaient pas des « renseignements » qui devaient être communiqués, que la communication anticipée des tableaux des jurés n'a eu aucune incidence sur l'équité du procès, que le droit à la vie privée des candidats jurés n'a pas été violé et que le jury n'aurait pas été constitué différemment s'il y avait eu communication des commentaires des policiers. Elle a rejeté l'appel.

[8] À mon avis, les tableaux des jurés ne devraient pas être distribués systématiquement aux services de police afin de recueillir des commentaires au sujet de l'aptitude des jurés à siéger. Lorsqu'elle utilise ses récusations péremptoires, la Couronne ne devrait pas profiter de l'avantage que procure l'utilisation de ressources étatiques — dont ne disposent pas la défense — afin de choisir un jury qui

prospective jurors should be protected, except as necessary for the administration of the criminal justice system.

[9] I agree, however, that the Crown may engage in targeted consultation with a limited number of individuals working on the case with the prosecution, including police officers, to discuss concerns relating to the partiality, eligibility or suitability of a prospective juror. Any information relevant to the selection process must be disclosed, including any information acquired in the execution of police duties. If it is unclear whether a bald police opinion is based upon such information, the opinion should be disclosed.

[10] In this case, the Crown received opinions based upon consultation with the three local police services. The opinions provided were based at least in part upon police information about the prospective jurors. Those opinions should have been disclosed. However, the Court of Appeal found that there was no reasonable possibility that the jurors were partial to the Crown. The court's finding that the jury would not have been differently constituted had those opinions been disclosed was available on the evidence in this case. There was no error in principle and I would not interfere with the Court of Appeal's conclusion that the Crown's conduct in this case did not prejudice trial fairness, and did not lead to an appearance of unfairness that requires a new trial. I would dismiss the appeal.

#### I. Background

[11] Jury panel lists are usually disclosed 10 days before trial, in accordance with s. 20 of the *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3. In this case, the jury panel lists were provided to both the Crown and the defence about three weeks prior to trial. Defence counsel showed the lists to the

peut être perçu comme lui étant favorable. De plus, le droit à la vie privée des candidats jurés doit être protégé, sauf dans la mesure nécessaire à l'administration du système de justice pénale.

[9] Je suis toutefois d'accord pour dire que la Couronne peut se livrer à des consultations sélectives auprès d'un nombre limité de personnes collaborant à l'instance avec la poursuite, y compris des policiers, pour discuter de préoccupations concernant la partialité, l'habileté ou l'aptitude d'un candidat juré. Tout renseignement pertinent pour le processus de sélection doit être communiqué, y compris tout renseignement recueilli dans l'exécution de fonctions policières. S'il n'est pas évident qu'une opinion policière laconique est fondée sur de tels renseignements, cette opinion doit être communiquée.

[10] En l'espèce, la Couronne a obtenu des opinions basées sur la consultation de trois services de police régionaux. Les opinions exprimées étaient fondées, du moins en partie, sur des renseignements policiers concernant les candidats jurés. Ces opinions auraient dû être communiquées. Toutefois, la Cour d'appel a conclu qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable que les jurés aient été partiaux en faveur de la Couronne. Compte tenu de la preuve au dossier dans la présente affaire, il était loisible à la Cour d'appel de conclure que le jury n'aurait pas été constitué différemment si les opinions en question avaient été communiquées. Aucune erreur de principe n'a été commise et je ne modifierais pas la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la conduite de la Couronne en l'espèce n'a pas porté atteinte à l'équité du procès et n'a pas soulevé une apparence d'iniquité requérant la tenue d'un nouveau procès. Je rejeterais le pourvoi.

#### I. Contexte

[11] Les tableaux des jurés sont généralement communiqués 10 jours avant le procès, conformément à l'art. 20 de la *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, ch. J.3. Dans le présent cas, les tableaux ont été remis à la fois à la Couronne et à la défense environ trois semaines avant le procès. L'avocat de

appellant, his family, and possibly the local referring solicitor.

[12] In accordance with the practice of the local Crown office in Cobourg, copies of the jury panel lists were provided to the court officers at the three local police services: the Cobourg Police Service, the Port Hope Police Service, and the local division of the Ontario Provincial Police. They were asked for their opinion on the suitability of prospective jurors, including any potential partiality for or against the Crown, for the purpose of exercising peremptory challenges. It was understood that police databases would not be used to check the jury lists, and that the comments were to be based on the officers' knowledge of potential jurors in the community. One or two officers at each police service would review the lists and add general comments, such as "good", "yes", "ok" or "no", or brief specific comments regarding relationships or roles in the community. The lists were sometimes provided to other officers for their review. The responses were compiled in a master list by an employee of the Crown office.

[13] Neither the list, nor the fact that inquiries had been made, was disclosed to the defence, although when someone on the list was identified as the deceased's brother-in-law, this was disclosed and the person was removed from the jury panel.

[14] There were notations beside 118 names out of the total 400 potential jurors. Fifty-one notations said "good" or "yes", without indicating the basis for the opinion. During the pre-screening process, 11 of those 51 prospective jurors disclosed a relationship with the police, or that they knew the victim in some capacity. One of those noted as

la défense les a montrés à l'appellant, à sa famille et peut-être au procureur de la région qui lui avait envoyé le client.

[12] Conformément à la pratique du bureau des procureurs de la Couronne de Cobourg, des exemplaires des tableaux des jurés ont été distribués aux policiers désignés de trois services de police régionaux : le service de police de Cobourg, le service de police de Port Hope et le détachement régional de la Police provinciale de l'Ontario. En vue de l'utilisation de ses récusations péremptoires, la Couronne a demandé aux policiers désignés leur opinion sur l'aptitude des candidats jurés, notamment sur l'existence d'une possible partialité en sa faveur ou à son encontre. Il était entendu que les bases de données de la police ne seraient pas utilisées pour vérifier les tableaux des jurés et que les commentaires devaient être basés sur ce que ces policiers eux-mêmes savaient au sujet des candidats jurés au sein de la communauté. Un ou deux agents de chacun des services de police examineraient les tableaux et y inscriraient une mention générale comme [TRADUCTION] « bon », « oui », « ok », « non », ou de brefs commentaires sur les liens qu'avaient les candidats jurés dans la communauté ou les rôles qu'ils y jouaient. Les tableaux ont dans certains cas été remis pour examen à d'autres agents. Les réponses ont été rassemblées sur une liste maîtresse par un employé du bureau des procureurs de la Couronne.

[13] Ni la liste elle-même ni le fait que des demandes de renseignements avaient été présentées n'ont été communiqués à la défense. Toutefois, lorsqu'on a découvert qu'une personne figurant sur cette liste était le beau-frère du défunt, ce renseignement a été communiqué et le nom de cette personne a été retiré du tableau.

[14] Des annotations étaient inscrites en regard de 118 des 400 noms des candidats jurés. Dans 51 cas, la mention était « bon » ou « oui », sans indication du fondement de cette opinion. Au cours du processus de présélection, 11 candidats jurés sur 51 ont révélé qu'ils avaient des liens avec la police, qu'ils connaissaient un policier ou encore qu'ils

“good” had a cousin who was a police officer killed in the line of duty.

[15] This trial was notorious in the community. As a result, significant pre-screening was conducted in the courtroom. The panels were first vetted by the trial judge for partiality arising from relationships to any witness or trial participant; “inside” knowledge of the case; involvement in any other case involving similar allegations, and other bases for hardship. At defence counsel’s request, the trial judge also screened the panels by asking whether anyone was “closely associated with members of the police force or correctional services”. Forty-five prospective jurors reported some form of a police/corrections relationship during the pre-selection vetting process. Ten of those 45 had concrete notations on the Crown’s list: four were positive, with some details. In addition, six notations simply said “good” or “yes”; one said “no” and two were queries.<sup>2</sup>

[16] Seventy-two prospective jurors were excused, due to a police or corrections relationship (37), connections to the victim (13), or connections to the defence (22). Eight prospective jurors declared a police/corrections relationship but were not excused by the trial judge, because they indicated they could remain impartial. Six were challenged peremptorily: three by the Crown and three by the defence.

---

2 The figures regarding the relationships of prospective jurors in the community have been determined based on the information disclosed in the transcript of the jury selection held on January 8 and January 9, 2007, before Scott J. of the Ontario Superior Court of Justice in Cobourg.

connaissaient la victime à un titre ou à un autre. Un des candidats jurés qualifiés de « bon » avait eu un cousin policier qui avait été tué dans l’exercice de ses fonctions.

[15] Comme le procès avait un caractère notoire dans la communauté, il y a eu une imposante présélection en salle d’audience. Les candidats jurés faisant partie des tableaux ont d’abord été questionnés par le juge du procès pour déceler des situations d’inhabilité découlant de l’existence de liens avec un témoin ou un participant au procès, de la connaissance d’information « privilégiée » sur l’instance, de la participation à une autre instance comportant des allégations similaires ou encore d’autres raisons ou inconvénients justifiant d’écarter ou de dispenser un candidat. À la demande de l’avocat de la défense, le juge du procès a également demandé aux candidats jurés si certains d’entre eux étaient [TRADUCTION] « étroitement liés avec des membres des services policiers ou correctionnels ». Durant le processus de présélection, 45 candidats jurés ont dit avoir des liens — sous une forme ou une autre — avec les services policiers ou correctionnels. Sur la liste de la Couronne, les noms de 10 de ces 45 personnes étaient accompagnés de commentaires : quatre de ces commentaires étaient favorables et accompagnés de certains détails. De plus, dans six cas la mention était simplement « bon » ou « oui », dans un cas, « non », et, dans deux autres, il s’agissait de questions<sup>2</sup>.

[16] Soixante-douze candidats jurés ont été dispensés en raison de l’existence de liens soit avec les services policiers ou correctionnels (37), soit avec la victime (13), soit avec la défense (22). Huit candidats jurés qui ont déclaré avoir des liens avec les services policiers ou correctionnels n’ont toutefois pas été dispensés par le juge du procès, parce qu’ils ont indiqué pouvoir demeurer impartiaux. Six de ces candidats ont été récusés péremptoirement : trois par la Couronne et trois par la défense.

---

2 Les chiffres concernant les liens des candidats au sein de la communauté ont été déterminés à partir de l’information figurant dans la transcription des séances de sélection du jury tenues les 8 et 9 janvier 2007, devant le juge Scott de la Cour supérieure de justice de l’Ontario à Cobourg.



[17] After the in-court vetting and the challenges for cause based upon prior knowledge of the case that might prevent prospective jurors from remaining impartial, there were 13 potential jurors with notations left. The Crown used those notations as one factor in exercising its peremptory challenges, but placed limited weight on the comments, as the basis for the opinion was not provided. The Crown challenged two potential jurors with a negative notation but also challenged one potential juror with a positive notation; and, significantly, did not challenge another with a negative notation. At the end of the selection process, the defence had five peremptory challenges remaining and the Crown had three peremptory challenges remaining.

[18] Three of the jurors who tried the case had notations beside their names: “good”, “ok”, and “no”.

[19] Following the selection of the jury, a court security officer reported that a juror may have made a comment indicating a bias against the accused. The Crown immediately notified the judge and defence counsel, suggesting that the juror be separated from the others until the judge could make a determination. The juror was discharged, and both defence counsel and the judge commended Crown counsel.

II. Decision of the Court of Appeal (2010 ONCA 818, 103 O.R. (3d) 161)

[20] Rosenberg J.A. concluded that there was no obligation to disclose the notations on the jury panel lists because they consisted of police “opinions” and not concrete information. The Court of Appeal also held that the early release of the lists did not affect the fairness of the trial, or the validity of the jury selection process, as the defence also received the lists early. Claims that the jury vetting violated provincial privacy legislation were not made out, and in any event, the court

[17] Au terme de la présélection en salle d’audience et des récusations motivées par une connaissance préalable de l’affaire susceptible d’empêcher des candidats jurés de demeurer impartiaux, il restait 13 candidats jurés dont le nom était accompagné de commentaires. Ces commentaires ont été l’un des facteurs dont s’est servie la Couronne dans l’utilisation de ses récusations péremptoires, mais elle n’a accordé qu’un poids limité à ces commentaires, car aucune raison n’expliquait l’opinion ainsi fournie. La Couronne a récusé péremptoirement deux candidats jurés faisant l’objet d’un commentaire défavorable et un candidat noté favorablement. En outre, fait important, elle n’a pas récusé un autre candidat qui avait fait l’objet d’un commentaire défavorable. À la fin du processus de sélection, la défense avait encore droit à cinq récusations péremptoires et la Couronne à trois.

[18] Trois des jurés qui ont jugé l’affaire avaient fait l’objet de commentaires en regard de leur nom : [TRADUCTION] « bon », « ok » et « non ».

[19] À la suite de la sélection du jury, une agente de sécurité du tribunal a signalé qu’un juré avait peut-être fait un commentaire indiquant un parti pris défavorable à l’accusé. La Couronne a immédiatement informé le juge et l’avocat de la défense et proposé que ce juré soit séparé des autres jusqu’à ce que le juge ait pu prendre une décision à son égard. Le juré en question a été libéré, et tant l’avocat de la défense que le juge ont loué la conduite du procureur de la Couronne.

II. L’arrêt de la Cour d’appel (2010 ONCA 818, 103 O.R. (3d) 161)

[20] Le juge Rosenberg a conclu qu’il n’existait aucune obligation de communiquer les annotations inscrites sur les tableaux des jurés, parce qu’il s’agissait d’« opinions » émanant de la police et non de renseignements concrets. La Cour d’appel a également jugé que la remise anticipée des tableaux n’avait eu aucune incidence sur l’équité du procès ou sur la validité du processus de sélection du jury, car la défense les avait elle aussi reçus prématurément. Les prétentions selon lesquelles l’évaluation

found that violations of privacy are not sufficient to undermine the fairness of the jury selection process.

[21] Ultimately, the Court of Appeal found that the jury vetting did not afford the Crown an unfair advantage that affected trial fairness in this case. Crown counsel received only one-word opinions from police, which were not always relied upon. The Court of Appeal was unable to draw the inference that the jury would have been differently constituted.

[22] Further, the Court of Appeal held that there was no appearance of unfairness, as a reasonable person would not conclude that the jury appeared biased: (1) the information was of limited use to the Crown; (2) the Crown disclosed instances where there was a real potential for bias; (3) there was pre-screening in which potential jurors were questioned about their connection to the police force; and (4) the jury vetting related to the use of peremptory challenges, which is an inherently arbitrary exercise.

[23] The Court of Appeal also distinguished this case from situations in which the Crown deliberately sets out to engineer a favourable jury, as occurred in *R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783 (C.A.), or where the police personally question prospective jurors, as was the case in *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217. Ultimately, this case did not give rise to the appearance of a miscarriage of justice.

### III. The Issues

[24] This appeal requires the Court to determine whether the Crown's inquiry regarding potential jurors and the failure to disclose the related notations on the jury panel lists resulted in a miscarriage of justice within the meaning of s. 686(1)(a)(iii) of

des jurés avait violé la législation provinciale en matière de protection de la vie privée n'ont pas été prouvées et, de toute façon, la Cour d'appel a conclu que des atteintes à la vie privée ne suffisent pas pour miner l'équité du processus de sélection du jury.

[21] En fin de compte, la Cour d'appel a jugé que l'évaluation des jurés n'avait pas accordé à la Couronne un avantage injuste qui aurait influé sur l'équité du procès. Le procureur de la Couronne n'a reçu de la police que des opinions composées d'un seul mot, qu'il n'a d'ailleurs pas toujours suivies. La Cour d'appel a été incapable de conclure que le jury aurait été constitué différemment.

[22] De plus, la Cour d'appel a jugé qu'il n'y avait aucune apparence d'iniquité, car une personne raisonnable ne conclurait pas que le jury a semblé partial : (1) les renseignements ont été peu utiles à la Couronne; (2) celle-ci a signalé des cas où il existait un véritable risque de partialité; (3) il y a eu une étape de présélection au cours de laquelle des candidats jurés ont été interrogés au sujet de leurs liens avec les services policiers; (4) l'évaluation des jurés a été réalisée en vue de l'utilisation des récusations péremptoires, un processus intrinsèquement arbitraire.

[23] La Cour d'appel a également établi une distinction entre la présente affaire et les situations dans lesquelles la Couronne cherche délibérément à réunir un jury qui lui est favorable, comme ce fut le cas dans *R. c. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783 (C.A.), ou dans lesquelles la police interroge personnellement des candidats jurés, comme ce fut le cas dans *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217. En dernière analyse, la Cour d'appel a jugé que la présente affaire n'avait pas donné lieu à une apparence d'erreur judiciaire.

### III. Les questions en litige

[24] Dans le présent pourvoi, la Cour doit décider si la demande de renseignements présentée par la Couronne au sujet des candidats jurés et l'omission de cette dernière de communiquer les annotations inscrites sur les tableaux des jurés par suite de cette

the *Criminal Code*. This raises the following questions:

1. As a matter of general principle, may Crown counsel seek the opinion of police officers as to the suitability of prospective jurors: If so, what must be disclosed?
2. Did the Crown's failure to disclose the opinions and other information obtained affect the fairness of this trial?
3. Did the circumstances of this case create an appearance of unfairness that was a serious interference with the administration of justice, or was so offensive to the community's sense of fair play and decency that the proceedings should be set aside as a miscarriage of justice?

#### IV. Analysis

##### A. *General Principles: May Crown Collect Police Officers' Opinions (and Other Information) Regarding Potential Jurors? What Must Be Disclosed?*

[25] As Moldaver J. concludes in the companion cases, jury vetting, particularly if it goes beyond eligibility criteria, raises serious concerns for the administration of our criminal justice system: see *Yumnu*, at paras. 36-43. As such, any scrutiny of prospective jurors using government or police databases should be limited to criminal record checks for the purpose of determining juror eligibility under provincial legislation, or acceptability under s. 638(1)(c) of the *Criminal Code*. Any information obtained relevant to the selection process must be disclosed. This includes information bearing on the eligibility, partiality or suitability of potential jurors: see *Yumnu*, at paras. 50-55.

demande ont entraîné une erreur judiciaire visée au sous-al. 686(1)a)(iii) du *Code criminel*. Cette question soulève à son tour les questions suivantes :

1. En tant que règle générale, les procureurs de la Couronne peuvent-ils demander l'opinion des policiers quant à l'aptitude de candidats jurés et, dans l'affirmative, quels renseignements ainsi obtenus doivent être communiqués?
2. L'omission de la Couronne de communiquer les opinions et autres renseignements obtenus a-t-elle influé sur l'équité du procès en l'espèce?
3. Les circonstances de la présente affaire ont-elles créé une apparence d'iniquité constituant une ingérence grave dans l'administration de la justice ou ont-elles porté une atteinte telle au sens du franc-jeu et de la décence de la communauté que les procédures devraient être annulées pour cause d'erreur judiciaire?

#### IV. Analyse

##### A. *Principes généraux : La Couronne peut-elle recueillir l'opinion de policiers (ainsi que d'autres renseignements) au sujet des candidats jurés? Quels renseignements ainsi obtenus doivent être communiqués?*

[25] Comme conclut le juge Moldaver dans les pourvois connexes, l'évaluation des jurés — particulièrement si elle va au-delà des critères de détermination de l'habilité — soulève de graves préoccupations en ce qui concerne l'administration de notre système de justice pénale : voir *Yumnu*, par. 36-43. Pour cette raison, toute recherche effectuée au sujet des candidats jurés au moyen de bases de données gouvernementales ou policières devrait se limiter à la vérification des antécédents judiciaires aux fins de détermination de l'habilité d'une personne à siéger comme juré suivant les lois provinciales ou l'al. 638(1)c) du *Code criminel*. Tout renseignement ainsi obtenu qui est pertinent relativement au processus de sélection doit être communiqué. Cela comprend les renseignements touchant l'habilité, la partialité ou l'aptitude des candidats jurés : voir *Yumnu*, par. 50-55.

[26] This case raises the issue of whether the Crown can make any further general inquiries of police officers beyond such limited criminal record checks. The appellant and a number of interveners submitted that no further checks should be permitted or, if they are, the results must be disclosed.

[27] The Information and Privacy Commissioner of Ontario conducted an investigation in the wake of the disclosure of jury vetting by the Crown. Her report emphasized that the interests of prospective jurors against the collection and collation of their personal information by the state must be protected, except as necessary for the administration of justice. She concluded that there is a substantial public interest in protecting the privacy rights of prospective jurors as an essential component of the administration of criminal justice, and that any inquiries or investigation by the Crown, beyond conducting criminal record checks, should be carried out under court supervision.

[28] The Crown agrees that there should be no systematic distribution of jury lists for comment regarding the prospective jurors. However, the Crown submits that it should be permitted to seek the opinions of police officers who form part of the prosecution team, or are associated with it, and that, in keeping with a balanced jury selection process, those opinions need not be disclosed.

[29] In my view, informal consultation with police officers must be approached with caution. Seeking information regarding prospective jurors from members of police services presents a number of risks that threaten public confidence in jury selection and the administration of the criminal justice system.

[26] La présente affaire soulève la question de savoir si la Couronne peut soumettre aux policiers d'autres demandes générales de renseignements en sus de cette vérification limitée des antécédents judiciaires. L'appelant et un certain nombre d'intervenants prétendent qu'aucune vérification additionnelle ne doit être autorisée ou que, si d'autres vérifications sont permises, leurs résultats doivent être communiqués.

[27] La commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario a mené une enquête à la suite de la divulgation des activités d'évaluation des jurés auxquelles s'est livrée la Couronne. Dans son rapport, la commissaire a souligné qu'il faut protéger le droit des candidats jurés à ce que l'État ne procède pas à la collecte et à la compilation de renseignements personnels les concernant, sauf dans la mesure nécessaire pour les besoins de l'administration de la justice. Elle a conclu qu'il est manifestement dans l'intérêt public de protéger le droit des candidats jurés au respect de leur vie privée, car il s'agit d'un aspect essentiel de l'administration de la justice pénale, et que toute demande de renseignement ou enquête par la Couronne — en sus de la vérification des antécédents judiciaires — devrait être réalisée sous la supervision des tribunaux.

[28] La Couronne reconnaît que les tableaux des jurés ne devraient pas être distribués de manière systématique afin de recueillir des commentaires au sujet des candidats jurés. Toutefois, elle prétend qu'elle devrait être autorisée à solliciter l'opinion des policiers qui font partie de l'équipe chargée des poursuites, ou qui sont associés à celle-ci, et que, compte tenu du caractère équilibré du processus de sélection du jury, ces opinions n'ont pas à être communiquées.

[29] À mon avis, la prudence s'impose en ce qui concerne les consultations officieuses menées auprès d'agents de police. En effet, le fait de s'adresser à des membres de corps policiers pour obtenir des renseignements au sujet des candidats jurés soulève un certain nombre de risques susceptibles de compromettre la confiance de la société dans la sélection des jurys et l'administration du système de justice pénale.

(1) The Criminal Jury System

[30] Our jury system is based upon trial by one's peers: twelve randomly chosen, representative jurors. The jury reflects the common sense, the values, and the conscience of the community. The selection process must ensure an independent, impartial, and competent jury. It must promote public confidence in the jury's verdict, and in the administration of criminal justice. It should also, to the extent possible, protect the legitimate privacy interests of prospective jurors. See *R. v. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), at pp. 120-21; *R. v. Kakegamic*, 2010 ONCA 903, 272 O.A.C. 205, at paras. 42-44; *R. v. Teerhuis-Moar*, 2007 MBQB 165, 217 Man. R. (2d) 270, at paras. 117-25.

[31] Challenges for cause and the court vetting process in ss. 626 to 644 of the *Criminal Code* are designed to ensure a jury that is eligible, impartial and competent. Subsequent to the amendments to the jury selection process following this Court's decision in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, neither party has the right to select a jury, or has the positive power to shape a jury. Jurors are selected at random, and randomness ensures representativeness: *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 525. As officers of the court, all counsel have a responsibility to uphold the *Charter* right, as guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to an independent and impartial jury. Either party can challenge a juror for cause, based on objective grounds.

[32] However, the *Criminal Code* gives the parties a limited opportunity to object to specific jurors chosen from the jury list. Peremptory challenges can be exercised on purely subjective grounds. Crown counsel, as local ministers of justice, exercise that choice on behalf of the public. The alternating order and equal number of peremptory challenges give both the Crown and the defence an equal opportunity to object to a limited

(1) Le système du jury en matière pénale

[30] Notre système de jury est fondé sur le droit de l'accusé d'être jugé par un jury de ses pairs : douze jurés représentatifs choisis au hasard. Le jury reflète le bon sens, les valeurs et la conscience de la communauté. Le processus de sélection doit assurer la formation d'un jury indépendant, impartial et compétent. Il doit favoriser la confiance du public dans le verdict du jury et dans l'administration de la justice pénale. Il doit également, dans la mesure du possible, protéger les droits légitimes des candidats jurés à la protection de leur vie privée. Voir *R. c. Church of Scientology* (1997), 33 O.R. (3d) 65 (C.A.), p. 120-121; *R. c. Kakegamic*, 2010 ONCA 903, 272 O.A.C. 205, par. 42-44; *R. c. Teerhuis-Moar*, 2007 MBQB 165, 217 Man. R. (2d) 270, par. 117-125.

[31] Les récusations motivées ainsi que le processus de vérification par la cour prévus aux art. 626 à 644 du *Code criminel* visent à garantir la formation d'un jury habile à siéger, impartial et compétent. Par suite des modifications apportées au processus de sélection du jury après la décision de notre Cour dans *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, ni l'une ni l'autre des parties n'a le droit de choisir le jury ou ne possède de pouvoir concret lui permettant de façonner un jury. Les jurés sont choisis au hasard et ce caractère aléatoire garantit la représentativité du jury : *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 525. À titre d'auxiliaires de justice, tous les avocats ont la responsabilité de contribuer au respect du droit à un jury indépendant et impartial garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'une ou l'autre partie peut, en invoquant des raisons objectives, demander la récusation d'un juré.

[32] Cependant, le *Code criminel* accorde aux parties une possibilité limitée de s'opposer à la sélection de certains jurés figurant sur le tableau. Les parties peuvent effectuer des récusations péremptoires pour des motifs purement subjectifs. Pour leur part, en tant que ministres de la justice régionaux, les procureurs de la Couronne exercent cette faculté au nom du public. Le nombre égal de récusations péremptoires dont disposent la Couronne et

number of potential jurors to address any other concerns regarding suitability or concerns that may fall short of proof of partiality. Our post-*Bain* jury selection process ensures equality of influence over the composition of the jury as between the parties.

[33] The selection process permits some limited advance notice and a controlled review of jury panel lists.<sup>3</sup> Any limited consultation by the Crown or defence counsel is subject to respect for privacy interests of the potential jurors as outlined by the rules of professional conduct. See the Law Society of Upper Canada's *Rules of Professional Conduct* (online), Rule 4.05(1) and (2), and the Federation of Law Societies of Canada's *Model Code of Professional Conduct* (online), Rule 4.05(1) and (2).

(2) The Impact of Jury Vetting on the Criminal Jury System

[34] In my view, the Crown should not engage in systematic consultations with police services regarding the suitability of jurors. There is a real risk that such inquiries could represent access to an informal database of the contacts a prospective juror has had with the police services and the criminal justice system. The defence does not have access to such state resources. This creates an imbalance and the jury might be perceived to be favourable to the Crown.

[35] Further, these inquiries are contrary to the important privacy interests of all prospective jurors. As this Court held, in the context of the jury

3 In Ontario, the occupations are also listed pursuant to s. 18(2) of Ontario's *Juries Act*, which requires the sheriff to include the name, the number of each name on the jury roll, the juror's place of residence, and the juror's occupation, on the panel list.

la défense, conjugué au fait qu'elles parlent à tour de rôle, donne aux deux parties une chance égale de s'opposer à la sélection d'un nombre limité de candidats jurés en raison de réserves quant à leur aptitude ou d'inquiétudes ne constituant pas tout à fait une preuve de partialité. Depuis l'arrêt *Bain*, notre processus de sélection du jury garantit aux parties une influence égale sur la composition du jury.

[33] Le processus de sélection permet une communication préalable limitée des tableaux de jurés ainsi que leur examen selon certaines modalités<sup>3</sup>. Toute consultation limitée par la Couronne ou la défense doit respecter le droit des candidats jurés à la protection de leur vie privée, conformément aux règles de déontologie professionnelle applicables. Voir : Barreau du Haut-Canada, *Code de déontologie* (en ligne), règle 4.05(1) et (2), et Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, *Code type de déontologie professionnelle* (en ligne), règle 4.05(1) et (2).

(2) Incidence de l'évaluation des jurés sur le système du jury en matière pénale

[34] À mon avis, la Couronne ne devrait pas consulter systématiquement les services de police au sujet de l'aptitude des jurés. Il existe un risque véritable que de telles demandes de renseignements aient pour effet de donner accès à des sources d'information officielles concernant les contacts qu'a eus un candidat juré avec les services policiers et le système de justice pénale. La défense n'a pas accès à de telles ressources étatiques. Cette situation crée un déséquilibre et le jury pourrait être perçu comme étant favorable à la Couronne.

[35] De plus, les demandes de renseignements de ce genre contreviennent au droit important dont jouissent tous les candidats jurés en matière de

3 En Ontario, la profession des candidats jurés est également mentionnée conformément au par. 18(2) de la *Loi sur les jurys* de l'Ontario, lequel précise que le shérif doit transcrire sur le tableau des jurés les noms des personnes choisies en indiquant leur lieu de résidence, leur profession et le numéro correspondant à chaque nom sur la liste des jurés.

secrecy rule, in *R. v. Pan*, 2001 SCC 42, [2001] 2 S.C.R. 344, at para. 52:

Our system of jury selection is sensitive to the privacy interests of prospective jurors (see *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128), and the proper functioning of the jury system, a constitutionally protected right in serious criminal charges, depends upon the willingness of jurors to discharge their functions honestly and honourably. This in turn is dependent, at the very minimum, on a system that ensures the safety of jurors, their sense of security, as well as their privacy.

[36] Such inquiries may also appear to be an attempt on the part of the Crown to select a favourable jury. As Cory J. noted in *Bain*, at p. 103:

The jury is the ultimate decision maker. The fate of the accused is in its hands. The jury should not as a result of the manner of its selection appear to favour the Crown over the accused. Fairness should be the guiding principle of justice and the hallmark of criminal trials.

[37] Finally, such inquiries raise the spectre of the undue blending of investigative and prosecutorial roles. The importance of keeping these activities separate was noted in the Ontario *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993), at p. 39: "... separating the investigative and prosecutorial powers of the state is an important safeguard against the misuse of both".

### (3) The Scope of Acceptable Inquiries

[38] I agree with the Court of Appeal that, for the purpose of exercising its discretion in the preemptory challenge process, the Crown is permitted to ask the opinion of someone who is part of the prosecution team, or to consult with those assisting the prosecution, including individual police officers,

respect de leur vie privée. Dans *R. c. Pan*, 2001 CSC 42, [2001] 2 R.C.S. 344, par. 52, la Cour a tiré la conclusion suivante dans le contexte du secret des délibérations du jury :

Notre système de sélection du jury est sensible au droit à la vie privée des jurés potentiels (voir *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128), et le bon fonctionnement de l'institution du jury, droit garanti par la Constitution aux personnes inculpées de crimes graves, dépend de la volonté des jurés de s'acquitter de leurs fonctions de façon honnête et honorable. Pour cela, il faut à tout le moins un système qui assure concrètement la sécurité des jurés, leur sentiment d'être protégés ainsi que le respect de leur vie privée.

[36] Une telle demande peut également être perçue comme une tentative de la part de la Couronne de choisir un jury qui lui est favorable. Comme l'a souligné le juge Cory dans l'arrêt *Bain*, p. 103 :

Le jury est celui qui prend la décision finale. Le sort de l'accusé repose entre ses mains. Le jury ne devrait pas, par suite de la manière dont ses membres sont sélectionnés, sembler favoriser le ministère public au détriment de l'accusé. L'équité devrait être le principe directeur de la justice et la marque des procès criminels.

[37] Enfin, de telles demandes de renseignements font surgir le spectre de la confusion indue des rôles d'enquêteur et de poursuivant. L'importance de maintenir la séparation de ces activités a été soulignée dans un document préparé en Ontario et intitulé *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993), p. 39 : [TRADUCTION] « ... la séparation des pouvoirs d'enquête et de poursuite de l'État constitue une importante garantie contre l'abus de l'un et de l'autre ».

### (3) Étendue des demandes de renseignements acceptables

[38] À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis que, afin d'exercer son pouvoir discrétionnaire en matière de récusations péremptoires, la Couronne est autorisée à solliciter l'opinion d'une personne qui fait partie de l'équipe chargée des poursuites ou à consulter les personnes qui assistent la poursuite,

regarding concerns relating to partiality, eligibility, or suitability of any prospective juror. When controlled and limited to a few individual police officers, consultation does not, in itself, create an imbalance or an appearance of unfairness. For example, the officer in charge of the investigation routinely assists the Crown in the courtroom. Part of this assistance could include reviewing the jury list in advance of the hearing. However, except for criminal record checks as permitted in *Yumnu*, database searches and police investigation should not be permitted.

[39] In principle, there is nothing wrong with the Crown's using the collective experience and judgment of the prosecution team in exercising discretionary decisions. It is consistent with the duty to uphold an impartial and competent jury. It is consistent with the right to exercise discretionary challenges. It is consistent with the rules of professional conduct. And it is consistent with consultation conducted by the defence.

[40] Provided that any relevant information is disclosed, such limited consultation does not represent the inappropriate use of police resources or information, and there is no imbalance that would give rise to a miscarriage of justice. This consultation would reflect a level playing field when it comes to jury selection and would guarantee each party the right to protect its discretionary and strategic choices. If the consultation is limited in this way, it does not represent an unjustified invasion of juror privacy.

#### (4) Disclosure Requirements

[41] Obviously, if the Crown seeks the opinion of a police officer, any information received relevant to the selection process (touching on a potential juror's eligibility, suitability, or ability to remain impartial) must be disclosed. This includes any

y compris des agents de police individuellement, à propos de doutes quant à la partialité, l'habileté ou l'aptitude d'un candidat juré. Lorsqu'une telle consultation est effectuée selon certaines modalités et qu'elle est limitée à un petit nombre de policiers, elle ne crée pas en soi un déséquilibre ou une apparence d'iniquité. Par exemple, l'enquêteur principal au dossier assiste couramment la Couronne en salle d'audience. L'examen du tableau des jurés avant l'audience pourrait constituer un aspect de cette assistance. Toutefois, sauf pour les vérifications d'antécédents judiciaires autorisées dans *Yumnu*, les recherches dans les bases de données et les enquêtes policières ne doivent pas être permises.

[39] En principe, il n'y a rien de répréhensible à ce que la Couronne fasse appel à l'expérience collective et au jugement de l'ensemble de l'équipe chargée des poursuites lorsqu'elle prend des décisions de nature discrétionnaire. Cette façon de faire est compatible avec l'obligation de veiller à la constitution d'un jury impartial et compétent. Elle concourt à l'exercice du droit de procéder à des récusations péremptoires. Elle est conforme aux règles de déontologie professionnelle. Et elle est logique, compte tenu des consultations auxquelles se livrent de son côté la défense.

[40] Pourvu que tout renseignement pertinent soit communiqué, une telle consultation limitée ne constitue pas une utilisation inacceptable de ressources ou informations policières, et il n'existe aucun déséquilibre qui entraînerait une erreur judiciaire. Une telle consultation se traduit par des conditions égales pour les deux parties en ce qui a trait à la sélection de jury et elle garantit à chacune d'elles le droit de protéger ses choix discrétionnaires et stratégiques. Si la consultation respecte ces limites, elle ne constitue pas une atteinte injustifiée à la vie privée des jurés.

#### (4) Obligations de communication

[41] Il va de soi que, si la Couronne sollicite l'opinion d'un policier, elle doit communiquer tout renseignement pertinent dans le cadre du processus de sélection (relativement à l'habileté d'un candidat juré, à son aptitude ou à sa capacité à demeurer



information obtained as a result of the officer's execution of police duties. The more difficult issue is whether the opinion of a police officer must be disclosed.

[42] The Court of Appeal determined that the limit of the Crown's disclosure obligations is reached where what is sought is nothing more than the personal opinions of police officers about potential jurors. After citing this Court's decision in *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, at para. 17, that the duty to disclose extends to "any information in respect of which there is a reasonable possibility that it may assist the accused in the exercise of the right to make full answer and defence", Rosenberg J.A. concluded:

Police officers' personal opinions about potential jurors are not relevant information relating to the investigation and are clearly not evidence to be adduced against the accused. Finally, such opinions are not "information" that will assist the accused in making full answer and defence. [para. 31]

[43] The appellant submits that the Court of Appeal unduly narrowed the Crown's disclosure obligations by requiring only that "concrete information" be disclosed, and not police officers' opinions about prospective jurors. The information was far from being "clearly irrelevant"; it was of some use to the Crown, could have been of some use to the defence, and should therefore have been disclosed.

[44] The respondent replies that disclosure has never extended to the opinions and general knowledge of prosecutors and police (except for those opinions capable of being evidence). The mere opinions of persons associated with the prosecution, with whom the Crown consults in preparation for trial, relating to tactical or discretionary decisions are not subject to the disclosure

impartial) qu'elle reçoit de ce policier. Tout renseignement obtenu par suite de l'exécution par l'agent de ses fonctions policières est également visé par cette obligation de communication. La question la plus difficile est celle de savoir si les opinions formulées par les policiers doivent être communiquées.

[42] La Cour d'appel a jugé que l'obligation de communication de la Couronne cesse lorsque l'information demandée n'est rien de plus que les opinions personnelles d'agents de police sur des candidats jurés. Après avoir cité l'arrêt de notre Cour *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, par. 17, où il a été précisé que l'obligation de communication vise les renseignements « qui peuvent raisonnablement aider [l'accusé] à présenter une défense pleine et entière », le juge Rosenberg a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] Les opinions personnelles de policiers sur des candidats jurés ne sont pas des renseignements pertinents se rapportant à l'enquête et elles ne sont de toute évidence pas des éléments de preuve qui doivent être présentés contre l'accusé. Enfin, de telles opinions ne sont pas des « renseignements » qui aideront l'accusé à présenter une défense pleine et entière. [par. 31]

[43] L'appelant soutient que la Cour d'appel a indûment restreint les obligations de communication de la Couronne en exigeant seulement que celle-ci communique les [TRADUCTION] « renseignements concrets », et non les opinions formulées par des policiers sur des candidats jurés. Cette information, de dire l'appelant, était loin d'être « manifestement non pertinente »; elle présentait une certaine utilité pour la Couronne; elle aurait pu avoir une certaine utilité pour la défense et, par conséquent, elle aurait dû être communiquée.

[44] L'intimée répond que l'obligation de communication ne s'est jamais appliquée aux opinions et aux connaissances générales des poursuivants et de la police (à l'exception des opinions pouvant constituer des éléments de preuve). De simples opinions exprimées par des personnes liées à la poursuite que la Couronne consulte en vue du procès, relativement à des décisions de nature tactique ou

obligations. Just because those opinions may be useful to the defence does not give rise to disclosure obligations. The respondent equates the notations with the analysis, opinion and strategy protected by litigation or work product privilege.

[45] This Court has recognized limits on disclosure obligations: the Crown must disclose all material unless it is (1) clearly irrelevant, such that it is not of any use to the defence; (2) protected by privilege; or (3) beyond the Crown's control: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. However, in *R. v. Fagan* (1993), 18 C.R.R. (2d) 191 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), Humphrey J. concluded: "I think any information about a juror that would realistically affect a decision as to whether to accept or challenge that juror is information which should be shared by the Crown with the defence" (p. 191). Further, as Fish J. observed in *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319, at para. 55, the obligation to disclose is based on the Crown's disproportionate access to vast resources.

[46] It seems to me that general impressions, personal or public knowledge in the community, rumours or hunches, need not be disclosed: see *Yumnu*, at para. 64. To the extent that the underlying information is readily ascertainable by members of the community, it is not linked to the prosecution's role as an agent of the state, or to the Crown's disproportionate access to resources, and there is no onus on the Crown to bring forward information that is easily obtainable elsewhere. The same logic applies to information about a prospective juror readily available on the internet. Further, the subjective feelings, hunches, or suspicions of members of the prosecution's team with regard to prospective jurors do not engage "the overriding concern that failure to disclose impedes the ability of the accused to make full answer and defence": *Stinchcombe*, at p. 336. Thus, for instance, the

discrétionnaire, ne sont pas assujetties à l'obligation de communication. Le seul fait que ces opinions pourraient être utiles à la défense ne fait pas naître une obligation de communication. L'intimée assimile les annotations en cause aux analyses, opinions et stratégies protégées par le privilège relatif au litige ou le privilège relatif au produit du travail de l'avocat.

[45] Notre Cour a reconnu que l'obligation de communication comporte des limites : la Couronne doit communiquer tout renseignement sauf dans les cas suivants : (1) le renseignement n'est manifestement pas pertinent, de sorte qu'il ne serait d'aucune utilité à la défense; (2) il est protégé par un privilège; (3) il ne relève pas de la Couronne : *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Toutefois, dans *R. c. Fagan* (1993), 18 C.R.R. (2d) 191 (C. Ont. (Div. gén.)), le juge Humphrey a tiré la conclusion suivante : [TRADUCTION] « J'estime que tout renseignement concernant un juré qui pourrait réalistement influencer sur la décision d'accepter ou de récuser ce juré est un renseignement dont la Couronne devrait faire part à la défense » (p. 191). De plus, dans *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319, par. 55, le juge Fish a souligné que l'obligation de communication découle du fait que la Couronne dispose d'un accès disproportionné à de vastes ressources.

[46] Il me semble que des impressions générales, des faits possédant un caractère notoire dans la communauté ou relevant d'une connaissance personnelle, des rumeurs ou des intuitions n'ont pas à être communiqués : voir *Yumnu*, par. 64. Dans la mesure où l'information à la base de tels renseignements peut être aisément trouvée par des membres de la communauté, elle n'est pas liée au rôle que joue la poursuite en qualité d'agent de l'État ou à l'accès disproportionné de la Couronne à certaines ressources, et cette dernière n'est pas tenue de communiquer de l'information qu'il est facile d'obtenir autrement. La même logique s'applique aux renseignements concernant un candidat juré qui sont aisément accessibles sur Internet. De plus, les sentiments subjectifs, les intuitions ou les soupçons des membres de l'équipe chargée des poursuites au sujet de candidats jurés ne suscitent pas

Crown need not disclose observations regarding demeanour in the courtroom, or views based upon general experience and judgment, or upon public information.<sup>4</sup>

[47] When the Crown receives information that may bear on the jury selection process, it must disclose the information to the defence. As this Court recognized in *McNeil*, at para. 24: “. . . the Crown cannot explain a failure to disclose relevant material on the basis that the investigating police force failed to disclose it to the Crown”. While this statement was made in the context of the police’s duty to disclose relevant information uncovered during the investigation of a crime, it applies with equal force in the context of a police officer’s recommendations with regard to jury composition that are based on knowledge gathered in the course of law enforcement activities. The Crown must seek the basis for the opinions provided and determine whether they are based upon information that is reasonably accurate and reliably based.

[48] This is not to say that the Crown is required to disclose the opinions of police along with the information on which those opinions are based. So long as the underlying information is disclosed, the defence will have access to the material on which the opinion is based, and can draw its own inferences for the purpose of exercising its peremptory challenges.

[49] However, where a police officer has knowledge, whether derived from her role as an officer or as a member of the community, that is relevant

4 For instance, in this case, notations included: “nice lady” (accompanied by “no”); “owner [a named business]” (accompanied by “good”).

« la crainte prépondérante que la non-divulgation n’empêche l’accusé de présenter une défense pleine et entière » : *Stinchcombe*, p. 336. Par exemple, la Couronne n’aurait donc pas à communiquer des observations concernant le comportement d’une personne en salle d’audience ou encore des opinions basées sur l’expérience générale, le jugement ou des renseignements publics<sup>4</sup>.

[47] Lorsque la Couronne obtient des renseignements susceptibles d’avoir une incidence sur le processus de sélection du jury, elle doit les communiquer à la défense. Comme l’a reconnu notre Cour dans *McNeil*, par. 24 : « . . . le ministère public ne peut justifier la non-communication de renseignements pertinents en faisant valoir que le service de police chargé de l’enquête a omis de les lui communiquer ». Bien que cette déclaration ait été faite dans le contexte de l’obligation de la police de communiquer des renseignements pertinents découverts durant une enquête sur un crime, elle s’applique tout autant dans le contexte des recommandations que formule un policier à propos de la composition d’un jury sur la foi d’informations recueillies dans le cours d’activités d’application de la loi. La Couronne doit s’enquérir du fondement des opinions qui lui sont fournies et déterminer si ces opinions reposent sur de l’information raisonnablement exacte et émanant de sources fiables.

[48] Cela ne veut pas dire que la Couronne a l’obligation de communiquer les opinions exprimées par les policiers en plus de l’information sur laquelle ces opinions sont fondées. Tant que l’information à la base des opinions est communiquée, la défense a alors accès aux éléments sur lesquels repose l’opinion et elle pourra en tirer ses propres inférences en vue de l’utilisation de ses récusations péremptoires.

[49] Toutefois, lorsqu’une policière possède des renseignements pertinents pour le processus de sélection du jury — qu’elle les ait obtenus dans son

4 Voici, par exemple, certaines des annotations qu’on trouvait en l’espèce : [TRADUCTION] « dame agréable » (accompagnée de la mention « non »); « Propriétaire de [nom d’une entreprise] » (accompagnée de la mention « bon »).

to the jury selection process, she must disclose it. Where police officers are individual participants in the prosecution team, they too have a duty to uphold the administration of justice by bringing such knowledge forward.

### B. *Miscarriage of Justice*

[50] In his concurring opinion in *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, LeBel J. considered the scope of the miscarriages of justice contemplated by s. 686(1)(a)(iii). He concluded, at para. 69, that when considering whether an irregularity that occurred during a trial rises to the level of a miscarriage of justice, “[t]he essential question in that regard is whether the irregularity was severe enough to render the trial unfair or to create the appearance of unfairness.”

[51] In *R. v. Wolkins*, 2005 NSCA 2, 229 N.S.R. (2d) 222, at para. 89, Cromwell J.A. provided a helpful summary of the two types of unfairness contemplated within the meaning of miscarriage of justice under s. 686(1)(a)(iii):

... the courts have generally grouped miscarriages of justice under two headings. The first is concerned with whether the trial was fair in fact. A conviction entered after an unfair trial is in general a miscarriage of justice . . . . The second is concerned with the integrity of the administration of justice. A miscarriage of justice may be found where anything happens in the course of a trial, including the appearance of unfairness, which is so serious that it shakes public confidence in the administration of justice . . . . [Citations omitted.]

### C. *Was the Trial Unfair?*

[52] The appellant urges this Court to use the two-part test developed in *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, to determine whether a new trial should be ordered for a breach of his right to disclosure under s. 7 of the *Charter*. Under this test, a lack of disclosure violates an accused’s right to full answer

rôle de policière ou en tant que membre de la communauté concernée —, elle doit les communiquer. Lorsque des policiers font partie de l’équipe chargée de la poursuite, ils ont eux aussi l’obligation d’appuyer l’administration de la justice en communiquant de tels renseignements.

### B. *Erreur judiciaire*

[50] Dans l’opinion concordante qu’il a rédigée dans *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, le juge LeBel s’est interrogé sur la nature des erreurs judiciaires visées au sous-al. 686(1)(a)(iii). Il a conclu, au par. 69, que lorsqu’on se demande si une irrégularité survenue au cours d’un procès constitue une erreur judiciaire, « [l]a question essentielle à trancher à cet égard consiste à savoir si l’irrégularité était grave au point de rendre le procès inéquitable ou de créer une apparence d’iniquité. »

[51] Dans *R. c. Wolkins*, 2005 NSCA 2, 229 N.S.R. (2d) 222, par. 89, le juge Cromwell a fait un résumé utile des deux types d’iniquité visés par le terme « erreur judiciaire » au sous-al. 686(1)(a)(iii) :

[TRADUCTION] . . . les tribunaux regroupent généralement les erreurs judiciaires sous deux catégories. La première concerne les cas portant sur la question de savoir si le procès a dans les faits été équitable. Le prononcé d’une déclaration de culpabilité au terme d’un procès inéquitable constitue en général une erreur judiciaire [. . .] La deuxième concerne les cas touchant à l’intégrité de l’administration de la justice. Il est possible de conclure à l’existence d’une erreur judiciaire lorsque survient, au cours d’un procès, une situation — y compris une apparence d’iniquité — qui est grave au point d’ébranler la confiance de la population dans l’administration de la justice . . . [Références omises.]

### C. *Le procès a-t-il été inéquitable?*

[52] L’appelant exhorte la Cour à appliquer l’analyse à deux volets élaborée dans *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, pour décider si un nouveau procès doit être ordonné pour cause de violation du droit à la communication que lui garantit l’art. 7 de la *Charte*. Selon cette analyse, une communication

and defence where there is a reasonable possibility that the verdict might have been different, or where the lack of disclosure affected the overall fairness of the trial process: *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307.

[53] However, it seems to me that the assessment of the impact of a failure to disclose that is required under the *Dixon* test should be modified when the undisclosed information does not bear on the merits of the case made by the prosecution or defence, but rather upon the choice of the trier of fact.

[54] Adapting the *Dixon* principles to these circumstances, the court must ask: first, whether the information ought to have been disclosed; and second, had the information been disclosed, whether there is a reasonable possibility that the jury would have been differently constituted. If not, trial fairness has not been compromised and the defence has not been prejudiced.

[55] However, even if one or two jurors may have been different, I am not persuaded, as the Nova Scotia Court of Appeal was in *R. v. Hobbs*, 2010 NSCA 62, 293 N.S.R. (2d) 126, leave to appeal refused, [2010] 3 S.C.R. vi, that this would necessarily end the inquiry. The jury selection process is designed to provide safeguards to ensure the impartiality of the jury: see *R. v. Burke*, 2002 SCC 55, [2002] 2 S.C.R. 857, at para. 65, and *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, at p. 714. The accused's ability to exercise his peremptory challenges is one of these safeguards: see *Sherratt*, at pp. 532-33. Where non-disclosure interferes with the accused's use of his peremptory challenges to the extent that there is a reasonable possibility that the jury would have been differently constituted, this safeguard is undermined. It seems to me that in such circumstances, the presumption that the jury is impartial is displaced. However, it may be that the Crown should then have the opportunity

insuffisante viole le droit d'un accusé à une défense pleine et entière lorsqu'il existe une possibilité raisonnable que le verdict aurait été différent ou lorsque cette communication insuffisante a nui à l'équité globale du procès : *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307.

[53] Cependant, il me semble que l'appréciation de l'effet d'une omission de communiquer que requiert l'analyse élaborée dans *Dixon* devrait être modifiée lorsque les renseignements non communiqués n'ont pas d'incidence sur le bien-fondé des arguments présentés par la poursuite ou la défense mais influent plutôt sur la sélection du juge des faits.

[54] Adaptant les principes énoncés dans *Dixon* aux circonstances de l'espèce, le tribunal doit répondre à deux questions : Premièrement, les renseignements auraient-ils dû être communiqués? Deuxièmement, si les renseignements avaient été communiqués, existe-t-il une possibilité raisonnable que le jury aurait été constitué différemment? Si la réponse est non, l'équité du procès n'a pas été compromise et la défense n'a pas subi de préjudice.

[55] Toutefois, même s'il est possible qu'un ou deux jurés auraient pu être des personnes différentes, je ne suis pas convaincue, contrairement à la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *R. c. Hobbs*, 2010 NSCA 62, 293 N.S.R. (2d) 126, autorisation d'appel refusée, [2010] 3 R.C.S. vi, que cela mettrait nécessairement fin à l'analyse. Le processus de sélection du jury comporte des garanties procédurales visant à assurer l'impartialité du jury : voir *R. c. Burke*, 2002 CSC 55, [2002] 2 R.C.S. 857, par. 65, et *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, p. 714. La capacité de l'accusé d'utiliser ses récusations péremptoires constitue l'une de ces garanties : voir *Sherratt*, p. 532-533. Lorsque la non-communication nuit à l'utilisation par l'accusé de ses récusations péremptoires dans une mesure telle qu'il existe une possibilité raisonnable que le jury aurait été constitué différemment, cette garantie est compromise. Il me semble que, dans de telles circonstances, la présomption d'impartialité du jury

to show, on balance, that the jury was impartial.<sup>5</sup> Given my conclusion in this case that the Court of Appeal was entitled to find that the jury would not have been differently constituted, I need not finally decide the matter.

(1) Was the Scope of the Crown's Inquiry Inappropriate?

[56] The Crown should not have canvassed the three local police services for their opinion on the suitability of prospective jurors. The lists went to court officers, who in turn consulted with other members of their respective police services. For example, in the case of the Port Hope Police Service, a number of sergeants and the Deputy Chief may have been consulted. Inquiries of this scope are inappropriate, as they engage police services in their law enforcement role, as opposed to individual police officers in their role as associated with the prosecution team.

[57] The agreed statement of facts indicates that the Crown invited the police officers' opinions regarding the jury panel lists based upon the court "officers' knowledge of potential jurors in the community": A.R., vol. I, at p. 37. Officers clearly understood that police databases were not to be used in checking the lists.

[58] The Court of Appeal found that the notations on the jury panel lists amounted to personal

5 Even if the Crown could establish that the trial was fair by showing that the jury was impartial, it may be necessary for the Crown to establish that the interference with the accused's right to meaningfully engage in the peremptory challenge process, as provided by the *Criminal Code*, did not give rise to an appearance of unfairness that would amount to a miscarriage of justice.

est repoussée. Toutefois, peut-être qu'en pareils cas la Couronne devrait se voir accorder l'occasion de démontrer, suivant la prépondérance des probabilités, que le jury a été impartial<sup>5</sup>. Vu ma conclusion selon laquelle la Cour d'appel était justifiée de conclure que le jury n'aurait pas été constitué différemment, je n'ai pas à trancher définitivement la question.

(1) La portée des demandes de renseignements de la Couronne était-elle inacceptable?

[56] La Couronne n'aurait pas dû s'adresser aux trois services de police régionaux afin de recueillir l'opinion de leurs membres sur l'aptitude des candidats jurés. Les tableaux ont été remis aux policiers désignés, lesquels ont, à leur tour, consulté d'autres membres de leur service de police respectif. Par exemple, dans le cas du service de police de Port Hope, il est possible que le chef adjoint ainsi qu'un certain nombre de sergents aient été consultés. Des consultations de cette envergure sont inacceptables, car elles font appel aux services de police dans leur rôle d'organes chargés d'appliquer de la loi, plutôt qu'à des policiers, individuellement, dans le cadre du rôle qu'ils jouent au sein de l'équipe chargée des poursuites.

[57] L'exposé conjoint des faits indique que la Couronne a invité les policiers désignés à donner leur opinion au sujet des personnes figurant sur les tableaux des jurés, à la lumière de ce qu'ils [TRADUCTION] « savaient sur ces candidats jurés dans la communauté » : d.a., vol. I, p. 37. Ces policiers comprenaient clairement que les bases de données de la police ne devaient pas être utilisées pour vérifier les tableaux des jurés.

[58] La Cour d'appel a conclu que les annotations inscrites sur les tableaux des jurés constituaient des

5 Même si la Couronne était en mesure d'établir que le procès a été équitable en démontrant l'impartialité du jury, il pourrait lui être nécessaire d'établir que l'atteinte au droit de l'accusé de participer utilement au processus des récusations péremptoires, de la manière prévue au *Code criminel*, n'a pas fait naître une apparence d'iniquité constituant une erreur judiciaire.

opinions. However, the notations were clearly more than personal views. The opinions were more than the impressions and personal views of the court officers, and were not solely based on their interactions with the particular prospective jurors, or the jurors' reputation in the community. Indeed, some of the specific notations were obviously based upon police information.<sup>6</sup> Further, the court officers chose to consult with other police officers. An opinion of "suitability" from police services, including "any potential partiality for or against the Crown" (A.R., vol. I, at p. 37), could readily be based on information that the police services acquired in their law enforcement role. In the circumstances of this case, the opinions clearly reflected information obtained as police officers, and as residents in the community.

(2) Was the Crown Obligated to Disclose the Annotated Jury Panel Lists?

[59] The Crown should have disclosed the notations on the jury panel lists. The inquiry conducted by the court officers produced numerous items of information regarding relationships in Cobourg and the surrounding area that reasonably might have assisted the accused in the jury selection process. In light of the broad nature of the inquiry conducted by the court officers, the numerous notations for which no basis was disclosed, and the fact that information obtained in the course of police activity may have played a role in the formation of the bald opinions provided, the Crown ought to have erred on the side of caution and disclosed the annotated jury lists to the defence.

<sup>6</sup> Some specific factual notations, such as "cmlnt. in two thefts", and "no (witness in [B] case)", make it clear that officers relied upon police information.

opinions personnelles. Toutefois, ces annotations étaient manifestement plus que des opinions personnelles. Les opinions exprimées représentaient davantage que les impressions et les vues personnelles des policiers désignés, et elles ne reposaient pas uniquement sur leurs interactions avec les candidats jurés concernés, ou sur la réputation de ceux-ci au sein de la communauté. En fait, un certain nombre d'annotations précises étaient de toute évidence basées sur des renseignements policiers<sup>6</sup>. De plus, les policiers désignés ont décidé de consulter d'autres agents de police. L'opinion d'un service de police sur l'« aptitude » d'un candidat juré, y compris sur [TRADUCTION] « l'existence d'un risque de partialité en faveur ou à l'encontre de la Couronne » (d.a., vol. I, p. 37), peut facilement être fondée sur des renseignements recueillis par des policiers dans le cadre d'activités d'application de la loi. Dans les circonstances de l'espèce, les opinions reflétaient clairement des renseignements obtenus à titre de policiers et à titre de résidents de la communauté.

(2) La Couronne avait-elle l'obligation de communiquer les tableaux des jurés annotés?

[59] La Couronne aurait dû communiquer les annotations inscrites sur les tableaux des jurés. Les consultations effectuées par les policiers désignés ont permis de recueillir de nombreux éléments d'information au sujet de l'existence à Cobourg et dans les environs de liens qui, il est raisonnable de croire, auraient pu aider l'accusé dans le processus de sélection du jury. Compte tenu des consultations étendues menées par les policiers désignés, des nombreuses annotations dont le fondement n'était pas communiqué et du fait que des renseignements obtenus dans le cours d'activités policières ont pu influencer les opinions laconiques formulées, la Couronne aurait dû pécher par excès de prudence et communiquer à la défense les tableaux des jurés annotés.

<sup>6</sup> Il ressort clairement de certaines annotations factuelles telles que [TRADUCTION] « plaignant dans deux vols » et « non (témoin dans l'affaire [B]) » que les policiers désignés se sont appuyés sur des renseignements policiers.

(3) Did the Failure to Disclose Render the Trial Unfair?

[60] The appellant submits that the failure to disclose the notations involving three jurors violated his right to a fair trial. Given the scarcity of information usually provided about jurors, the defence says that the value of the officers' opinions in making challenge decisions was significant. Here, the defence argues that it would have used its peremptory challenges differently. Specifically, there was a reasonable possibility that, had the defence had access to the annotated jury panel lists, they would have challenged the two jurors with "good" and "ok", as they would have recognized that a positive notation tended to be associated with a positive relationship with police and — in a trial involving the killing of a police officer — tended to suggest that a prospective juror was partial to the Crown.

[61] The appellant relies on *Hobbs*, for the proposition that a new trial is warranted where there is a reasonable possibility that the accused would have used his challenges differently, leading to a jury that may have been differently constituted.

[62] In *Hobbs*, the lead investigator verified the names on the jury list against two different state databases. The Crown conceded in that case that there was a reasonable possibility that the defence would have exercised its peremptory challenges differently in two instances if it had had the undisclosed information. The Nova Scotia Court of Appeal found that the jury would have been differently constituted.

[63] Here, the Court of Appeal found that it was speculative "that the accused might possibly have exercised his peremptory challenges in a different way" (para. 33). Rosenberg J.A. concluded that he was unable to draw the inference that the jury would have been differently constituted in this case. Further, in determining that there was no appearance of unfairness, he found that the composition of the jury that tried the appellant's

(3) L'omission de communiquer les tableaux annotés a-t-elle rendu le procès inéquitable?

[60] L'appellant prétend que l'omission de communiquer les annotations concernant trois jurés a violé son droit à un procès équitable. En raison du peu de renseignements habituellement fournis à propos des jurés, la défense affirme que l'opinion des policiers désignés avait une valeur considérable en vue de la prise des décisions relatives aux récusations. En l'espèce, la défense prétend qu'elle aurait utilisé différemment ses récusations péremptoires. Plus précisément, il existe selon elle une possibilité raisonnable que, si elle avait eu accès aux tableaux des jurés annotés, elle aurait récusé péremptoirement les deux jurés qualifiés de « bon » et « ok », car elle aurait constaté qu'une annotation positive tendait à être associée à des rapports positifs avec la police et — dans un procès portant sur le meurtre d'un agent de police — tendait à suggérer qu'un candidat juré était partial en faveur de la Couronne.

[61] L'appellant invoque l'arrêt *Hobbs* au soutien de l'argument selon lequel un nouveau procès est justifié dans les cas où il existe une possibilité raisonnable que l'accusé aurait utilisé différemment les récusations dont il dispose et où le jury aurait pu, en conséquence, être constitué différemment.

[62] Dans *Hobbs*, l'enquêteur principal a contrôlé les noms figurant sur le tableau des jurés en consultant deux bases de données étatiques. Dans cette affaire, la Couronne a reconnu qu'il existait une possibilité raisonnable que la défense aurait utilisé différemment ses récusations péremptoires à l'égard de deux candidats, si elle avait disposé des renseignements non communiqués. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que le jury aurait été constitué différemment.

[63] En l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que l'affirmation selon laquelle [TRADUCTION] « l'accusé aurait peut-être exercé de manière différente ses récusations péremptoires » (par. 33) relevait de la conjecture. Le juge Rosenberg a estimé qu'il n'était pas en mesure d'inférer que le jury aurait été constitué différemment dans la présente affaire. De surcroît, en décidant qu'il n'y avait pas apparence d'iniquité, il a conclu que la composition du jury qui



case would not raise a reasonable apprehension of bias.

[64] The Court of Appeal dealt with this issue as a court of first instance. It had the benefit of hindsight and the record created by the extensive pre-screening and challenges for cause that took place in this case. Its findings of fact deserve deference: see *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491, at para. 36.

[65] For the reasons that follow, I am satisfied that the Court of Appeal did not err in principle and it was open to the court to find that there was no reasonable possibility that the jury would have been differently constituted.

(a) *The Nature of the Notations Regarding the Jurors Selected*

[66] The appellant's submissions are premised upon the argument that there was a tendency for the police to make positive notations for individuals who had positive relationships with the police and thus were partial to the prosecution. The record does not support the inference that a positive notation meant a close relationship with the police.

[67] First, the proposition that a positive notation tended to indicate a relationship with the police was true for only a small percentage of those who had a positive notation. Of the 51 positive opinions with no other information, the pre-screening process disclosed that only 11 were associated with a police/corrections relationship (most of those were of a general nature, including people who knew the deceased officer and/or his family). Of the 45 people who disclosed a police/corrections relationship in the pre-screening process, only 10 had positive notations (one was negative and two were queries).

a jugé l'appelant ne soulèverait aucune crainte raisonnable de partialité.

[64] La Cour d'appel a examiné cette question comme un tribunal de première instance. Elle a eu l'avantage de pouvoir le faire avec du recul et de disposer du dossier résultant de l'imposant processus de présélection et des récusations motivées auxquels a donné lieu cette affaire. Les conclusions de fait de la Cour d'appel commandent la déférence : voir *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491, par. 36.

[65] Pour les motifs qui suivent, je suis convaincue que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur de principe et qu'il lui était loisible de conclure à l'absence de possibilité raisonnable que le jury aurait pu être constitué différemment.

a) *Nature des annotations concernant les jurés choisis*

[66] Les prétentions de l'appelant reposent sur l'argument que les policiers tendaient à inscrire des annotations favorables au sujet des personnes qui avaient de bonnes relations avec la police et qui, de ce fait, étaient partiales envers la poursuite. Le dossier ne permet pas de conclure qu'une annotation favorable était synonyme de liens étroits avec la police.

[67] Premièrement, l'argument selon lequel une annotation favorable tendait à indiquer l'existence de liens avec la police n'était vrai que pour un faible pourcentage des personnes ayant fait l'objet d'une telle annotation. Dans le cas des 51 opinions favorables ne comportant aucun renseignement additionnel, le processus de présélection a révélé que seulement 11 des personnes concernées avaient des liens avec les services policiers ou correctionnels (dans la plupart des cas, il s'agissait de personnes ayant des liens de nature générale, notamment des personnes qui connaissaient le policier décédé, des membres de sa famille ou les deux). Des 45 personnes qui ont signalé l'existence de liens avec les services policiers ou correctionnels lors du processus de présélection, seulement 10 avaient fait l'objet d'annotations favorables (une d'annotation défavorable et deux de questions).

[68] Second, all prospective jurors were asked by the judge in the pre-screening process to disclose any general or specific relationship with the police or corrections. Juror 7 (“ok”) and juror 8 (“good”) did not disclose any such relationship. In many cases, specific information noted by police on the jury list was ultimately mentioned by the prospective jurors in court during the pre-screening process. The extensive pre-screening process and the challenge for cause eliminated any concern that “good” or “ok” meant a prospective juror had a relationship with police.

[69] Finally, in consulting with the three local police services, the Crown asked for the court officers’ opinions about the “suitability” of prospective jurors, including partiality for or against the Crown. In that context, a positive indication of suitability implies no partiality for either party.

[70] As a result, I agree with the Court of Appeal that a positive notation did not mean that a juror was partial towards the Crown or had a close relationship with police; or that a negative notation meant partiality towards the accused. For all these reasons, it was open to the court to find that neither defence counsel nor an informed member of the public would be concerned that there was a reasonable possibility that jurors with positive notations who made it through the pre-screening and challenge for cause were partial towards the Crown.

(b) *Impact on the Defence’s Peremptory Challenges*

[71] Although two of the jurors were noted as “good” and “ok”, those notations obviously had little value, as the Crown placed little reliance on the notations in exercising its peremptory challenges. Even with access to the annotated list, defence counsel would have observed Crown counsel challenge a prospective juror with a “good”

[68] Deuxièmement, à l’occasion du processus de présélection, le juge a demandé à tous les candidats jurés de révéler tout lien de nature générale ou particulière avec les services policiers ou correctionnels. Les jurés 7 (« ok ») et 8 (« bon ») n’ont pas signalé l’existence de tels liens. Dans de nombreux cas, des renseignements précis inscrits par la police sur le tableau des jurés ont en définitive été mentionnés en cour par les candidats jurés concernés durant le processus de présélection. L’imposant processus de présélection ainsi que les récusations motivées ont permis d’éliminer toute crainte que les annotations « bon » ou « ok » signifiaient qu’un candidat juré avait des liens avec la police.

[69] Enfin, lorsqu’elle a consulté les trois services de police régionaux, la Couronne a sollicité l’opinion des policiers désignés au sujet de l’« aptitude » des candidats jurés, y compris leur partialité en faveur ou à l’encontre de la Couronne. Dans ce contexte, une indication favorable quant à l’aptitude implique une absence de partialité en faveur de l’une ou l’autre des parties.

[70] Par conséquent, je suis d’accord avec la Cour d’appel pour conclure qu’une annotation favorable ne signifiait pas que le juré concerné était partial envers la Couronne ou entretenait des liens étroits avec la police, ou encore qu’une annotation défavorable était synonyme de partialité envers l’accusé. Pour toutes ces raisons, il était loisible à la Cour de conclure que ni l’avocat de la défense ni un membre informé du public ne penseraient qu’il existe une possibilité raisonnable que les jurés ayant fait l’objet d’annotations favorables et ayant franchi l’étape de la présélection et des récusations motivées étaient partiaux envers la Couronne.

(b) *Incidence sur les récusations péremptoires de la défense*

[71] Bien que deux jurés aient été qualifiés de « bon » et « ok » respectivement, ces mentions avaient manifestement peu de valeur, car la Couronne ne leur a pas accordé beaucoup de crédit en utilisant ses récusations péremptoires. Même si l’avocat de la défense avait disposé du tableau annoté, il aurait observé le procureur de la

notation and allow a prospective juror with a “no” notation to become a juror, before the two jurors with “good” and “ok” went unchallenged. As noted in the evidence of Crown counsel, the pre-screening process allowed counsel to assess some prospective jurors based upon their responses in court. Thus, it was open to the Court of Appeal to find that defence counsel would have understood the notations to be of very little value.

[72] Further, the defence had five challenges left at the end of jury selection, which indicates that, in light of the extensive disclosure provided in pre-screening and during the challenge for cause, they were satisfied with the jury selected. In these circumstances, the bald opinions “good” and “ok” were superseded by the extensive pre-screening done with the trial judge, and the information it disclosed about the prospective jurors.

[73] In conclusion, it was open to the Court of Appeal to find on this record that there was no reasonable possibility that defence counsel would have exercised its peremptory challenges differently, and that the jury would have been the same had the comments been disclosed. This finding is entitled to deference. As a result, I am unable to find that there is a reasonable possibility that the defence was prejudiced or the trial was unfair.

#### D. *Appearance of Unfairness*

[74] Where no actual prejudice has been demonstrated, in order to warrant a new trial the appearance of unfairness must be pronounced, such that it would be a serious interference with the administration of justice and offend the community's sense of fair play and decency. In determining whether the conduct reaches the level of a miscarriage of justice, “[w]e must look at whether a well-informed, reasonable person considering the whole

Couronne récuser un candidat juré ayant fait l'objet de la mention « bon » et accepter comme juré un candidat ayant reçu la mention « non », avant que les deux jurés qualifiés de « bon » et « ok » échappent à toute récusation. Comme il a été souligné dans le témoignage du procureur de la Couronne, le processus de présélection a permis aux avocats d'évaluer certains candidats jurés en fonction des réponses qu'ils ont données en salle d'audience. Par conséquent, il était loisible à la Cour d'appel de conclure que l'avocat de la défense aurait constaté que les annotations avaient très peu de valeur.

[72] Qui plus est, la défense disposait encore de cinq récusations péremptoires au terme de la sélection du jury, situation qui indique que, compte tenu de l'information considérable communiquée durant la présélection et l'étape des récusations motivées, la défense était satisfaite du jury choisi. Dans ces circonstances, les mentions laconiques « bon » et « ok » ont été supplantées par l'imposante présélection effectuée avec le juge du procès et par les renseignements que cette procédure a permis de connaître à propos des candidats jurés.

[73] En conclusion, il était loisible à la Cour d'appel, à la lumière du présent dossier, de conclure qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable que l'avocat de la défense aurait utilisé différemment ses récusations péremptoires, et que le jury aurait été identique même si les commentaires avaient été communiqués. Cette conclusion commande la déférence. Par conséquent, je ne peux conclure qu'il existe une possibilité raisonnable que la défense ait subi un préjudice ou que le procès ait été inéquitable.

#### D. *Apparence d'iniquité*

[74] Dans les cas où aucun préjudice concret n'a été démontré, pour que la tenue d'un nouveau procès soit justifiée, il faut être en présence d'une apparence marquée d'iniquité, qui constituerait une ingérence grave dans l'administration de la justice et porterait atteinte au sens du franc-jeu et de la décence de la communauté. Pour déterminer si le comportement reproché constitue une erreur judiciaire, « [n]ous devons nous demander si une

of the circumstances would have perceived the trial as being unfair or as appearing to be so”: *Khan, per LeBel J.*, at para. 73.

[75] The appellant contends that an appearance of unfairness sufficient to give rise to a miscarriage of justice arose in this case due to the informational imbalance in favour of the Crown, an appearance of bias on the part of the jury, and the Crown’s violation of provincial statutes.

(1) Informational Imbalance in Favour of the Crown

[76] In this case, two of the jurors ultimately selected were noted as “good” and “ok” by the police services serving Cobourg and its surrounding areas. However, those notations obviously had little value, as the factual basis for the opinion was not provided. That the notations had little impact on the jury selection process is further evident in the fact that Crown counsel placed little reliance on the notations in exercising its peremptory challenges, challenging a juror with a positive notation and not challenging another with a negative notation.

(2) Apprehension of Bias

[77] For the reasons outlined above, an informed member of the public would be satisfied that the extensive in-court vetting process removed anyone with a connection or any partiality to the Crown. All those with a police or corrections relationship were asked to identify themselves. Large numbers of potential jurors who disclosed relationships with police, corrections, witnesses or the defence were excused by the trial judge. The extensive pre-screening process and the challenge for cause eliminated any concern that “good” or “ok” meant a prospective juror was partial to the Crown.

personne raisonnable et bien renseignée qui tiendrait compte de l’ensemble des circonstances aurait eu la perception que le procès était ou paraissait inéquitable » : *Khan, le juge LeBel*, par. 73.

[75] L’appelant soutient qu’il existe en l’espèce une apparence d’iniquité suffisante pour entraîner une erreur judiciaire en raison du déséquilibre informationnel en faveur de la Couronne, d’une apparence de partialité du jury et de la violation de lois provinciales par la Couronne.

(1) Le déséquilibre informationnel en faveur de la Couronne

[76] Dans la présente affaire, deux des jurés qui ont finalement été choisis avaient été qualifiés de « bon » et « ok » respectivement par les services de police desservant Cobourg et les environs. Toutefois, ces annotations avaient manifestement peu de valeur, car les assises factuelles de ces opinions n’étaient pas précisées. Le bien-fondé de la conclusion selon laquelle les annotations ont eu peu d’incidence sur le processus de sélection du jury est étayé en outre par le fait que le procureur de la Couronne ne leur a pas accordé beaucoup de crédit lorsqu’il a utilisé ses récusations péremptoires, puisqu’il a récusé un candidat juré ayant fait l’objet d’une annotation favorable mais n’en a pas récusé un autre dont l’annotation était défavorable.

(2) La crainte de partialité

[77] Pour les raisons exposées précédemment, un membre bien renseigné du public serait convaincu que l’imposant processus d’évaluation mené en salle d’audience a permis d’éliminer toute personne ayant des liens avec la Couronne ou partielle envers celle-ci. On a demandé à toutes les personnes ayant des liens avec les services policiers ou correctionnels de le signaler. Un grand nombre de candidats jurés qui ont signalé de tels liens avec la police ou les services correctionnels, avec des témoins ou encore avec la défense ont été dispensés par le juge du procès. Cet imposant processus de présélection ainsi que les récusations motivées ont dissipé toute inquiétude que les mentions « bon » ou « ok » signifiaient qu’un candidat juré était partial envers la Couronne.

[78] Further, an observer would also be aware that Crown counsel in this case demonstrated sensitivity to any hint of partiality against the accused. Crown counsel had a relative of the deceased removed from the jury list and disclosed the potential bias of one of the jurors, earning commendation for his professionalism from both the trial judge and experienced defence counsel. While the Crown's failure to disclose the annotated jury lists was serious and must not be repeated, it was not motivated by improper purposes, such as an attempt to secure a jury favourable to the Crown.

(3) Infringement of Provincial Legislation

(a) *Juries Act*

[79] The appellant submits that the unfairness in this case is highlighted by the fact that the Crown violated s. 20 of the *Juries Act*, which is intended to ensure that the parties have equal access to information.

[80] Section 20 of the *Juries Act* provides that the sheriff must keep the jury roll “under lock and key . . . until ten days before the sittings of the court”. The Crown Attorney does not administer the Act. The Ministry staff manages jury administration on behalf of the Ontario Superior Court of Justice.

[81] The trial was scheduled to commence January 8, 2007. The Crown received the list early, on December 18, 2006. The parties have agreed that “[i]t was not policy for the Cobourg Crown’s office to obtain the list outside the 10-day period, nor did the Crown ask for the list outside the period in this case. The list was simply sent to their office early. It is reasonable to infer that the Christmas holidays may have impacted the timing of the release of the list in this case”: A.R., vol. I, at p. 35. The defence also received the list early.

[78] De plus, un observateur aurait également constaté que, en l'espèce, le procureur de la Couronne a été sensible à tout indice de partialité à l'encontre de l'accusé. Il a fait retirer un parent du défunt du tableau des jurés, en plus de signaler la possible partialité d'un juré, s'attirant ainsi des éloges pour son professionnalisme, et ce, tant de la part du juge du procès que du procureur de la défense, un avocat expérimenté. Bien que le défaut de la Couronne de communiquer les tableaux des jurés annotés ait constitué une omission grave, qui ne doit pas se reproduire, cette omission n'était pas motivée par des fins illégitimes, telle une tentative d'obtenir un jury qui lui serait favorable.

(3) La violation des lois provinciales

a) *La Loi sur les jurys*

[79] L'appelant prétend que, dans la présente affaire, l'iniquité du procès ressort du fait que la Couronne a violé l'art. 20 de la *Loi sur les jurys*, lequel vise à garantir aux parties l'égalité d'accès à l'information.

[80] L'article 20 de la *Loi sur les jurys* précise que le shérif doit tenir la liste des jurés « sous clef [. . .] [et ne doit pas la communiquer] avant les dix jours précédant la session ». Le procureur de la Couronne n'est pas chargé de l'application de cette loi. C'est le personnel du ministère qui gère les aspects administratifs du système des jurys pour le compte de la Cour supérieure de justice de l'Ontario.

[81] Le procès devait commencer le 8 janvier 2007. La Couronne a reçu la liste hâtivement, le 18 décembre 2006. Les parties se sont accordées pour dire que [TRADUCTION] « [l]e bureau des procureurs de la Couronne de Cobourg n'avait pas l'habitude d'obtenir la liste avant les 10 jours précédant la session, et il n'a pas demandé en l'espèce qu'on la lui remette en dehors de cette période. La liste lui a tout simplement été envoyée prématurément. Il est raisonnable d'inférer que les vacances de Noël ont pu influencer sur le moment de l'envoi de la liste dans la présente affaire » : d.a., vol. I, p. 35. La défense a elle aussi reçu la liste prématurément.

[82] I agree with the Court of Appeal that there was no evidence that the Crown obtained an unfair advantage by reason of the early release of the list. There is no evidence that the Crown used the extra time for additional investigation.

(b) *Privacy Violation*

[83] The appellant says that the consultation process violated the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, and the *Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. M.56. I agree with the Court of Appeal's conclusion: "... the appellant has not articulated how the alleged violation of this provincial legislation undermined the fairness of his trial and, in particular, how alleged violations of the privacy rights of others (the potential jurors) affected his right to a fair trial" (para. 29).

(4) Conclusion on Appearance of Unfairness

[84] In the context of jury selection, the fundamental goal of Crown disclosure is to ensure that the accused has access to relevant information known to the Crown and the police. This Court recognized in *Bain* that where the Crown has additional power over the defence in the jury selection process, an appearance of unfairness is created (p. 104). Jury vetting is a practice that risks undermining the personal privacy of prospective jurors, our jury system, and the administration of criminal justice.

[85] The Crown had recourse to law enforcement resources that were not available and not disclosed to the defence. This created an imbalance, particularly in a case where the victim was a police officer. It was inappropriate for the Crown to broadly canvass police services for comment on prospective jurors. This conduct should not be repeated.

[82] À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis qu'aucune preuve n'indique que la Couronne a obtenu un avantage injuste du fait de la communication prématurée de la liste. Il n'y a aucune preuve que la Couronne a utilisé la période supplémentaire dont elle a bénéficié pour effectuer des recherches additionnelles.

b) *La violation du droit à la vie privée*

[83] L'appelant affirme que le processus de consultation a violé la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, et la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. M.56. Je fais mienne la conclusion suivante de la Cour d'appel : [TRADUCTION] « ... l'appelant n'a pas expliqué comment la prétendue violation de ces lois provinciales a compromis l'équité de son procès et, en particulier, comment les prétendues violations du droit à la vie privée d'autres personnes (les candidats jurés) ont porté atteinte à son droit à un procès équitable » (par. 29).

(4) Conclusion sur l'apparence d'iniquité

[84] Dans le contexte de la sélection du jury, l'objectif fondamental de l'obligation de communication de la Couronne est de faire en sorte que l'accusé ait accès à l'information pertinente connue des policiers et de la Couronne. Dans l'arrêt *Bain*, la Cour a reconnu que, lorsque la Couronne dispose de pouvoirs supérieurs à ceux de la défense dans le processus de sélection du jury, une telle situation crée une apparence d'iniquité (p. 104). L'évaluation des jurés est une pratique qui risque de porter atteinte au droit à la vie privée des candidats jurés, à notre système de jury et à l'administration de la justice pénale.

[85] La Couronne a eu recours à des ressources policières auxquelles la défense n'avait pas accès et dont les fruits n'ont pas été communiqués à cette dernière. Cette situation a créé un déséquilibre, particulièrement dans une instance où la victime était un policier. Il était inacceptable que la Couronne sonde aussi largement l'opinion des services de police au sujet des candidats jurés. Une telle conduite ne doit pas se reproduire.

[86] On the other hand, the police services clearly understood that state databases were not to be searched, and no investigation was conducted. The usefulness of the bald opinions was limited. Crown counsel was not motivated by improper purposes, and was diligent in twice disclosing information that might suggest partiality against the defence. The defence also conducted its own consultation with local residents. The pre-screening process, conducted by the trial judge in the presence of counsel, provided a much more detailed disclosure of useful information than that which was contained on the annotated jury list.

[87] For these reasons, I do not think that a reasonable person would see the circumstances of this case as rising to the level of either risk of a partial jury or unfairness of the trial. The Crown's request for the police opinions and the failure to disclose those opinions were not so offensive to the community's sense of fair play and decency that the proceedings should be set aside as a miscarriage of justice. There was no appearance of unfairness that would shake the public's confidence in the administration of justice.

[88] The appellant had a fair trial and there was no miscarriage of justice. I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Hicks Adams, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Addario Law Group, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.*

[86] Par ailleurs, les services de police comprenaient clairement que les bases de données de l'État ne devaient pas être consultées, et aucune enquête n'a été effectuée. Les opinions laconiques fournies n'avaient qu'une utilité limitée. Le procureur de la Couronne n'était pas motivé par des fins illégitimes et, à deux occasions, il a fait montre de diligence en communiquant des renseignements susceptibles de constituer des indices de partialité contre la défense. Cette dernière a elle aussi effectué sa propre consultation auprès de résidents de la région. Le processus de présélection mené par le juge du procès en présence des avocats a permis d'obtenir des renseignements beaucoup plus détaillés et utiles que ceux figurant sur le tableau des jurés annoté.

[87] Pour les motifs qui précèdent, je ne crois pas qu'une personne raisonnable considérerait que les circonstances de l'espèce ont fait naître un risque de partialité du jury ou d'iniquité du procès. La demande de la Couronne afin d'obtenir l'opinion des policiers et son omission de communiquer les opinions ainsi obtenues n'ont pas porté une atteinte telle au sens du franc-jeu et de la décence de la communauté que le procès devrait être annulé pour cause d'erreur judiciaire. Il n'y a eu aucune apparence d'iniquité qui ébranlerait la confiance de la population dans l'administration de la justice.

[88] L'appelant a subi un procès équitable et il n'y a eu aucune erreur judiciaire. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant : Hicks Adams, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Addario Law Group, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Anthony Moustacalis, Toronto; Brauti Thorning Zibarras, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario : Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Université de Toronto, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Anthony Moustacalis, Toronto; Brauti Thorning Zibarras, Toronto.*



# INDEX

## ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — Standard of review — Public Service Staffing Tribunal concluding that decision by employer to staff position by means of advertised process did not constitute abuse of authority — Whether decision of Tribunal reviewable on standard of reasonableness.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. KANE, 398.

2. Judicial review — Adequacy of reasons — Board declaring that Driver Iron was employer pursuant to Labour Relations Code and was bound by collective agreements between employers' association and union — Court of Appeal erred in finding that Board had failed to give proper consideration to interplay between provisions of Code — Board not having to consider and comment upon every issue raised by parties — Board's decision, viewed as whole in context of record, was reasonable.

CONSTRUCTION LABOUR RELATIONS V. DRIVER IRON INC., 405.

3. Natural justice — Procedural fairness — Minister providing all materials considered in making decisions to surrender, except legal advice — Whether procedural fairness required minister to obtain and disclose Canadian prosecutorial authority's assessment of whether to prosecute in Canada.

SRISKANDARAJAH V. UNITED STATES OF AMERICA, 609.

---

## BANKRUPTCY AND INSOLVENCY

Provable claims — Contingent claims — Corporation filing for insolvency protection — Province issuing environmental protection orders against corporation and seeking declaration that orders not "claims" under Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"), and not subject to claims procedure order — Whether environmental protection orders are monetary claims that can be compromised in corporate restructuring under CCAA — Whether CCAA is ultra vires or constitutionally inapplicable by permitting court to determine whether environmental order is a monetary claim.

NEWFOUNDLAND AND LABRADOR V. ABITIBI-BOWATER INC., 443.

## CHARTER OF RIGHTS

Freedom of religion — Right to fair hearing — Right to make full answer and defence — Muslim witness at preliminary hearing in sexual assault trial wanting to testify with her face covered by niqab — Whether requiring witness to remove the niqab while testifying would interfere with her religious freedom — Whether permitting her to wear niqab while testifying would create a serious risk to trial fairness — Whether both rights could be accommodated to avoid conflict between them — If not, whether salutary effects of requiring the witness to remove niqab outweigh deleterious effects — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(a), 7, 11(d).

R. v. N.S., 726.

---

## COMMUNICATIONS LAW

Broadcasting — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ("CRTC") adopting policy establishing market-based value for signal regulatory regime — Policy empowering private local television stations ("broadcasters") to negotiate direct compensation for retransmission of signals by cable and satellite companies ("broadcasting distribution undertakings" or "BDUs"), as well as right to prohibit BDUs from retransmitting those signals if negotiations unsuccessful — Whether CRTC having jurisdiction under Broadcasting Act to implement proposed regime — Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2, 3, 5, 9, 10.

REFERENCE RE BROADCASTING REGULATORY POLICY CRTC 2010-167 AND BROADCASTING ORDER CRTC 2010-168, 489.

---

## CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Search and seizure — Information contained on computer — Pornographic pictures of child found on employer-issued work computer — Whether accused had reasonable expectation of privacy in employer-issued work computer — Whether warrantless search and seizure of laptop

**CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)**

computer and disc containing Internet files breached accused's rights under s. 8 of Charter — If so, whether evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of Charter.

R. v. COLE, 34.

2. Charter of Rights — Fundamental justice — Right to make full answer and defence — Statutory amendments affecting evidence that can be adduced to rebut presumption of accuracy and presumptions of identity in context of prosecution for driving with blood alcohol level over legal limit — Exclusion of possibility that "Carter" defence would suffice on its own to cast doubt on breathalyzer test results — Whether new provisions of Criminal Code infringe right to make full answer and defence — If so, whether infringement justified — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (d.01), (d.1) — Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

R. v. ST-ONGE LAMOUREUX, 187.

3. Charter of Rights — Presumption of innocence — Statutory amendments affecting evidence that can be adduced to rebut presumption of accuracy and presumptions of identity in context of prosecution for driving with blood alcohol level over legal limit — Exclusion of possibility that "Carter" defence would suffice on its own to cast doubt on breathalyzer test results — Whether new provisions of Criminal Code infringe right to be presumed innocent — If so, whether infringement justified — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (d.01), (d.1) — Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d).

R. v. ST-ONGE LAMOUREUX, 187

4. Charter of Rights — Self-incrimination — Statutory amendments affecting evidence that can be adduced to rebut presumption of accuracy and presumptions of identity in context of prosecution for driving with blood alcohol level over legal limit — Exclusion of possibility that "Carter" defence would suffice on its own to cast doubt on breathalyzer test results — Whether new provisions of Criminal Code infringe protection against self-incrimination — If so, whether infringement justified — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (d.01), (d.1) — Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(c).

R. v. ST-ONGE LAMOUREUX, 187.

5. Charter of Rights — Self-incrimination — Accused involved in motor vehicle accident where victim sustained serious injuries — Accused charged with Criminal Code offences — Accused testifying in criminal action — Testimony inconsistent with discovery testimony in prior related civil action — Whether Crown at criminal trial may cross-examine accused on prior inconsistent statements without infringing

**CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)**

right against self-incrimination — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.

R. v. NEDELCO, 311.

6. Charter of Rights — Search and seizure — Accused stopped for minor motor vehicle regulatory offence — Police officer conducting pat-down search of accused as a prelude to detention in police vehicle — Police officer discovering drugs in accused's pockets as a consequence of pat-down search — Whether detention of accused was unlawful — Whether pat-down search was unreasonable — Whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2).

R. v. AUCOIN, 408.

7. Charter of Rights — Freedom of expression — Accused convicted of terrorism offences under Part II.1 of Criminal Code — Whether provisions, in purpose or effect, violate right to free expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.01(1)(b)(i)(A).

R. v. KHAWAJA, 555.

8. Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Terrorism offences — Provision criminalizing participation in or contribution to activities of terrorist group — Whether provision broader than necessary to achieve purpose or whether provision's impact disproportionate — Whether provision contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.18.

R. v. KHAWAJA, 555.

9. Charter of Rights — Mobility rights — Extradition — Minister ordering surrender of Canadian citizens to U.S. authorities to be tried there on terrorism charges — Whether extradition violates right to remain in Canada even when foreign state's claim of jurisdiction is weak or when prosecution in Canada is feasible — Whether surrender decisions unreasonable on the evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1) — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18.

SRISKANDARAJAH V. UNITED STATES OF AMERICA, 609.

**CRIMINAL LAW**

1. Appeals — Evidence — Accused acquitted at trial of alleged indecent assault committed in 1975, on basis of

**CRIMINAL LAW — (Continued)**

reasonable doubt — Trial judge's failure to consider testimony on collateral matters which may have bolstered credibility of complainant does not constitute an error of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

R. v. PICOT, 74.

2. Appeals — Whether trial judge committed error of law alone — Whether Crown had right of appeal against acquittals — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

R. v. BOUDREAU, 157.

3. Care or control of motor vehicle while impaired — Elements of offence — Accused starting vehicle to keep warm while waiting for taxi — Accused falling asleep in driver's seat — Whether or not accused in care or control of vehicle — Whether risk of danger is essential element of care or control offence — Whether trial judge erred in finding that there was no risk of danger — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 253(1).

R. v. BOUDREAU, 157.

4. Defences — "Carter defence" — Accused charged with impaired driving and driving "over 80" — Amendments brought to Criminal Code during accused's trial limiting evidence that may be adduced in defence to raise doubt about reliability of breathalyzer test results — Whether Carter defence available to accused — Whether amendments have retrospective effect to time of alleged offences — Whether amendments affect procedural or substantive rights — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (d.01) — Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6.

R. v. DINELEY, 272.

5. Reasonable verdict — During police interview, accused first denied that he had ever touched complainant in sexual manner, but ultimately admitted to some sexual touching — Complainant's evidence, combined with accused's confirmatory admissions, sufficiently supported conviction for sexual interference and sexual exploitation.

R. v. P.D.T., 394.

6. Aggravated assault — Assault with a weapon — Elements of offence — Accused attempting to circumcise four-year-old son — Accused convicted by trial judge of criminal negligence causing bodily harm, but acquitted of aggravated assault and of lesser included offence of assault with a weapon — Court of Appeal entering convictions for aggravated assault and assault with a weapon and entering a stay of conviction for criminal negligence causing bodily harm — All elements of charges against accused had been established.

R. v. D.J.W., 396.

**CRIMINAL LAW — (Continued)**

7. Appeals — Terrorism offences — Trial fairness — Trial judge finding that clause defining terrorist activity as being for political, religious or ideological purpose unconstitutional — Court of Appeal overturning decision on constitutionality but upholding convictions — Whether Court of Appeal erred in applying curative proviso — Whether convictions unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 83.01(1)(b)(i) (A), 686(1)(b)(iii).

R. v. KHAWAJA, 555.

8. Evidence — Cross-examination — Muslim witness at preliminary hearing in sexual assault trial wanting to testify with her face covered by niqab — Whether permitting her to wear niqab while testifying would create a serious risk to trial fairness.

R. v. N.S., 726.

9. Jurors — Selection — Appellants convicted of first degree murder and conspiracy to commit murder — Prior to jury selection, Crown requesting that police conduct criminal record checks of prospective jurors and also provide comments on whether any prospective jurors were "disreputable persons" — None of the information received in response by Crown disclosed to defence — Whether it was appropriate to seek such information — Whether there should have been disclosure of same — Whether there is a reasonable possibility that such conduct affected trial fairness or gave rise to an appearance of unfairness, such that a miscarriage of justice occurred.

R. v. YUMNU, 777.

10. Jurors — Selection — Appellant convicted of fraud — Prior to jury selection, Crown requesting that police conduct criminal record checks of prospective jurors and also provide comments on whether any prospective jurors were "disreputable persons" — None of the information received in response by Crown disclosed to defence — Whether it was appropriate to seek such information — Whether there should have been disclosure of same — Whether there is a reasonable possibility that such conduct affected trial fairness or gave rise to an appearance of unfairness, such that a miscarriage of justice occurred.

R. v. EMMS, 810.

11. Jurors — Selection — Appellant convicted of first degree murder for killing police officer — Prior to trial, Crown seeking personal opinions of local police officers as to "suitability" of prospective jurors for use in exercise of peremptory challenges — Neither annotated jury panel lists setting out opinions of local police officers nor fact that inquiries had been made was disclosed to defence — Whether it was appropriate to seek such opinions — Whether there should have been disclosure of same — Whether there is a reasonable possibility that such conduct affected trial fairness or gave rise to an appearance

**CRIMINAL LAW — (Concluded)**

of unfairness, such that a miscarriage of justice occurred — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(iii).

R. v. DAVEY, 828.

---

**EDUCATION LAW**

School regulation and administration — Curriculum and education programs — Obligations of school authorities — What constitutes meaningful access to education for students with learning disabilities — School Act, S.B.C. 1989, c. 61.

MOORE v. BRITISH COLUMBIA (EDUCATION), 360.

---

**ELECTIONS**

Contested election application — Candidate defeated in federal election by a margin of 26 votes alleging “irregularities . . . that affected the result of the election” — Whether election in electoral district should be annulled — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 524(1)(b), 531(2).

OPITZ v. WRZESNEWSKYJ, 76.

---

**EVIDENCE**

Fresh evidence — Relevance and reliability — Motion seeking to adduce evidence from national registry of electors on appeal — Whether fresh evidence should be admitted.

OPITZ v. WRZESNEWSKYJ, 76.

---

**HUMAN RIGHTS**

Discrimination — Prohibited grounds — Mental or physical disability — Education — Student with dyslexia attending public school — School district cancelling special education program requiring student to enrol in specialized private school — Whether school district discriminating against student by failing to provide necessary remediation — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 8.

MOORE v. BRITISH COLUMBIA (EDUCATION), 360.

---

**INTELLECTUAL PROPERTY**

Patents — Disclosure requirements — Patent for use of compound to treat erectile dysfunction — Patent application containing cascading claims ending with two individual compounds — Claims not specifying active compound — Whether patent application meeting disclosure requirements of Patent Act — Whether patent based on sound prediction — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 27(3).

TEVA CANADA LTD. v. PFIZER CANADA INC., 625.

---

**LEGISLATION**

1. Interpretation — Effect of new legislation — Amendments brought to Criminal Code during accused’s trial limiting evidence that may be adduced in defence to raise doubt about reliability of breathalyzer test results — Whether amendments have retrospective effect to time of alleged offences — Whether amendments affect procedural or substantive rights — Whether Parliament provided for preservation of evidence for cases that began before amendments came into force — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (d.01) — Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6.

R. v. DINELEY, 272.

2. Conflicting legislation — CRTC adopting policy establishing market-based value for signal regulatory regime — Policy empowering broadcasters to negotiate direct compensation for retransmission of signals by BDUs, as well as right to prohibit BDUs from retransmitting those signals if negotiations unsuccessful — Whether proposed regime conflicting with Copyright Act — Whether Copyright Act limiting discretion of CRTC in exercising regulatory and licensing powers under Broadcasting Act — Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2, 3, 5, 9, 10 — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2, 21, 31, 89.

REFERENCE RE BROADCASTING REGULATORY POLICY CRTC 2010-167 AND BROADCASTING ORDER CRTC 2010-168, 489.

---

**NATIONAL SECURITY**

Terrorism — Sentencing — Totality principle — Accused guilty of terrorism offences sentenced by trial judge to 10 and a half years of imprisonment, with parole eligibility set at 5 years — Court of Appeal substituting sentence of life imprisonment coupled with 24 years of consecutive sentences, with parole

**NATIONAL SECURITY — (Concluded)**

eligibility set at 10 years — Whether Court of Appeal erred in overturning sentence.

R. v. KHAWAJA, 555.

---

**PENSIONS**

Pension plans — Surplus — Public sector pension plans administered by government — Government amortizing actuarial surpluses in Superannuation Accounts — New legislation coming into force on April 1, 2000 amending Superannuation Acts — Government debiting over \$28 billion directly from Superannuation Accounts on basis of new legislation — Whether Superannuation Accounts contain assets — Whether government owes fiduciary duty to Plan members — Whether constructive trust should be imposed over balances in Superannuation Accounts as of March 31, 2000 — Whether new legislation authorizing government to debit actuarial surpluses in Superannuation Accounts — Public Service Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. P-36 — Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. C-17 — Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. R-11 — Public Sector Pension Investment Board Act, S.C. 1999, c. 34.

PROFESSIONAL INSTITUTE OF THE PUBLIC SERVICE OF CANADA v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 660.

---

**TAXATION**

Income Tax — Transfer Pricing — Taxpayer manufacturing and marketing patented and trademarked drug pursuant to Licence Agreement — Taxpayer purchasing active pharmaceutical ingredient pursuant to separate Supply Agreement with related non-resident company — Minister of National Revenue reassessing taxpayer by increasing its income on basis that taxpayer had overpaid non-arm's length supplier for purchase of drug ingredient — Minister not considering effect of Licence Agreement on reasonableness of price paid for ingredient under Supply Agreement — What circumstances are to be taken into account in determining reasonable arm's length price against which to compare non-arm's length transfer price? — Whether Licence Agreement is a circumstance to be taken into account — Whether Federal Court of Appeal erred in remitting matter to Tax Court for rehearing and reconsideration — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 69(2).

CANADA v. GLAXOSMITHKLINE INC., 3.

---



# INDEX

## CHARTRE DES DROITS

Liberté de religion — Procès équitable — Droit de présenter une défense pleine et entière — À l'enquête préliminaire dans un procès pour agression sexuelle, musulmane voulant témoigner en conservant le niqab qui lui recouvre le visage — L'obligation faite au témoin d'enlever son niqab pour témoigner porte-t-elle atteinte à sa liberté de religion? — Permettre au témoin de porter son niqab pendant son témoignage poserait-il un risque sérieux pour l'équité du procès? — Les deux droits peuvent-ils être conciliés de façon à éviter le conflit qui les oppose? — Dans la négative, les effets bénéfiques de l'obligation faite au témoin d'enlever son niqab sont-ils plus importants que ses effets préjudiciables — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a), 7, 11d).

R. c. N.S., 726.

## DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conclusion du Tribunal de la dotation de la fonction publique portant que la décision de l'employeur de doter le poste au moyen d'un processus de nomination annoncé ne constituait pas un abus de pouvoir — Est-ce que la décision du Tribunal est susceptible de contrôle suivant la norme de la décision raisonnable?

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. KANE, 398.

2. Contrôle judiciaire — Suffisance des motifs — Commission déclarant que Driver Iron était un employeur selon le Labour Relations Code et qu'elle était liée par les conventions collectives entre l'association d'employeurs et le syndicat — La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la Commission n'avait pas accordé suffisamment d'attention à l'interaction entre les dispositions du Code — La Commission n'était pas tenue d'examiner et de commenter chaque argument soulevé par les parties — La décision de la Commission, considérée dans son ensemble, à la lumière du dossier, était raisonnable.

CONSTRUCTION LABOUR RELATIONS C. DRIVER IRON INC., 405.

3. Justice naturelle — Équité procédurale — Communication par le ministre de tous les documents considérés avant de prendre les arrêtés d'extradition, sauf l'avis

## DROIT ADMINISTRATIF — (Fin)

juridique — L'équité procédurale exige-t-elle du ministre qu'il obtienne puis communique le rapport du service compétent sur l'opportunité de poursuites au Canada?

SRISKANDARAJAH C. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, 609.

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Informations contenues dans un ordinateur — Photographies pornographiques d'une enfant trouvées dans un ordinateur fourni par l'employeur — L'accusé avait-il des attentes raisonnables en matière de vie privée à l'égard d'un ordinateur de travail fourni par l'employeur? — La fouille et la saisie sans mandat d'un ordinateur portable et d'un disque contenant des fichiers Internet ont-elles porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la Charte? — Le cas échéant, les éléments de preuve doivent-ils être exclus en application de l'art. 24(2) de la Charte?

R. c. COLE, 34.

2. Charte des droits — Auto-incrimination — Modifications législatives affectant les moyens de preuve pouvant être utilisés pour réfuter la présomption d'exactitude et les présomptions d'identité en matière de poursuites pour conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale — Défense de « type Carter » exclue comme moyen de preuve permettant à lui seul de mettre en doute les résultats d'analyses de l'alcoolémie — Les nouvelles dispositions du Code criminel portent-elles atteinte à la protection contre l'auto-incrimination? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)c), d.01), d.1) — Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11c).

R. c. ST-ONGE LAMOUREUX, 187.

3. Charte des droits — Justice fondamentale — Droit à une défense pleine et entière — Modifications législatives affectant les moyens de preuve pouvant être utilisés pour réfuter la présomption d'exactitude et les présomptions d'identité en matière de poursuites pour conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale — Défense de « type Carter » exclue comme moyen de preuve permettant à lui seul de mettre en doute les résultats

**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)**

d'analyses de l'alcoolémie — Les nouvelles dispositions du Code criminel portent-elles atteinte au droit à une défense pleine et entière? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)c), d.01), d.1) — Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

R. C. ST-ONGE LAMOUREUX, 187.

4. Charte des droits — Présomption d'innocence — Modifications législatives affectant les moyens de preuve pouvant être utilisés pour réfuter la présomption d'exactitude et les présomptions d'identité en matière de poursuites pour conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale — Défense de « type Carter » exclue comme moyen de preuve permettant à lui seul de mettre en doute les résultats d'analyses de l'alcoolémie — Les nouvelles dispositions du Code criminel portent-elles atteinte à la présomption d'innocence? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)c), d.01), d.1) — Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d).

R. C. ST-ONGE LAMOUREUX, 187.

5. Charte des droits — Auto-incrimination — Accusé impliqué dans un accident de véhicule à moteur dans lequel une victime a été grièvement blessée — Accusé inculpé d'infractions au Code criminel — Accusé ayant témoigné à son procès criminel — Témoignage de l'accusé incompatible avec son témoignage antérieur à l'interrogatoire préalable dans une action civile connexe — Le ministère public peut-il contre-interroger l'accusé à son procès criminel sur ses déclarations contradictoires antérieures sans porter atteinte à son droit de ne pas s'incriminer? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.

R. C. NEDELUCU, 311.

6. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Accusé intercepté pour une infraction mineure au code de la route — Fouille par palpation de l'accusé par le policier avant que l'accusé soit détenu dans la voiture de police — Drogue découverte dans les poches de l'accusé au cours de la fouille par palpation — La détention de l'accusé était-elle légale? — La fouille par palpation était-elle abusive? — L'admission de la drogue en preuve déconsidérerait-elle l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2).

R. C. AUCOIN, 408.

7. Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Infractions de terrorisme — Disposition criminalisant la participation ou la contribution à une activité d'un groupe terroriste — La disposition a-t-elle une portée plus grande que nécessaire pour réaliser l'objectif sous-jacent ou a-t-elle une incidence disproportionnée? — La disposition va-t-elle à l'encontre

**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)**

des principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.18.

R. C. KHAWAJA, 555.

8. Charte des droits — Liberté d'expression — Accusé déclaré coupable d'infractions de terrorisme sous le régime de la partie II.1 du Code criminel — L'objectif ou l'effet des dispositions porte-t-il atteinte au droit à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.01(1)b)(i)(A).

R. C. KHAWAJA, 555.

9. Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Extradition — Arrêtés du ministre extradant des citoyens canadiens vers les États-Unis afin qu'ils y subissent leurs procès pour terrorisme — L'extradition porte-t-elle atteinte au droit de demeurer au Canada lorsque la compétence revendiquée par l'autre État est faible ou que la poursuite pourrait se dérouler au Canada? — Les arrêtés d'extradition sont-ils déraisonnables au vu de la preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1) — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18.

SRISKANDARAJAH C. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, 609.

**DROIT CRIMINEL**

1. Appels — Preuve — Accusé acquitté au procès, sur la base d'un doute raisonnable, de l'accusation d'avoir commis un attentat à la pudeur en 1975 — L'omission du juge du procès de tenir compte d'un témoignage relatif à des questions incidentes et qui aurait pu étayer la crédibilité du plaignant ne constitue pas une erreur de droit — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a).

R. C. PICOT, 74.

2. Appels — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit seulement? — Le ministère public pouvait-il interjeter appel des acquittements? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a).

R. C. BOUDREAU, 157.

3. Garde ou contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies — Éléments de l'infraction — Moteur démarré par l'accusé pour se garder au chaud alors qu'il attendait un taxi — Accusé endormi derrière le volant — L'accusé avait-il la garde ou le contrôle du véhicule? — Le risque de danger constitue-t-il un élément essentiel de l'infraction de garde ou de contrôle? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en



**DROIT CRIMINEL — (Suite)**

concluant à l'inexistence d'un risque de danger? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253(1).

R. c. BOUDREAU, 157.

4. Moyens de défense — « Défense de type Carter » — Accusé inculpé de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 » — Modifications apportées au Code criminel durant le procès de l'accusé limitent les éléments de preuve qui peuvent être produits en défense pour mettre en doute la fiabilité des résultats obtenus par l'utilisation d'un alcootest — L'accusé peut-il se prévaloir de la défense de type Carter? — Les modifications s'appliquent-elles rétroactivement au moment où les infractions reprochées auraient été commises? — Les modifications portent-elles atteinte à des droits procédurales ou substantiels? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)c, d.01 — Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6.

R. c. DINELEY, 272.

5. Verdict raisonnable — Durant l'interrogatoire policier, l'accusé a d'abord nié s'être livré à des attouchements à caractère sexuel sur la plaignante, mais a en définitive avoué certains attouchements — Le témoignage de la plaignante, conjugué aux aveux confirmatoires de l'accusé, étayait suffisamment la déclaration de culpabilité pour contacts sexuels et exploitation sexuelle.

R. c. P.D.T., 394.

6. Voies de fait graves — Agression armée — Éléments de l'infraction — Tentative par l'accusé de circoncrire son fils de quatre ans — Accusé déclaré coupable par le juge du procès d'avoir causé des lésions corporelles par négligence criminelle, mais acquitté de voies de fait graves et d'agression armée, une infraction moindre et incluse — Inscription par la Cour d'appel de déclarations de culpabilité pour voies de fait graves et agression armée ainsi que d'une suspension de la déclaration de culpabilité pour négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles — Tous les éléments des infractions reprochées à l'accusé avaient été établis.

R. c. D.J.W., 396.

7. Appels — Infractions de terrorisme — Équité du procès — Juge du procès ayant conclu à l'inconstitutionnalité de la disposition suivant laquelle est terroriste l'activité qui est menée au nom d'un but de nature politique, religieuse ou idéologique — Infirmer de cette conclusion par la Cour d'appel, mais confirmation par elle des déclarations de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'appliquer la disposition réparatrice? — Les déclarations de culpabilité sont-elles déraisonnables? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.01(1)b(i) (A), 686(1)b(iii).

R. c. KHAWAJA, 555.

**DROIT CRIMINEL — (Fin)**

8. Preuve — Contre-interrogatoire — À l'enquête préliminaire dans un procès pour agression sexuelle, musulmane voulant témoigner en conservant le niqab qui lui recouvre le visage — Permettre au témoin de porter son niqab pendant son témoignage poserait-il un risque grave pour l'équité du procès?

R. c. N.S., 726.

9. Jurés — Sélection — Appelants déclarés coupables de meurtre au premier degré et de complot en vue de commettre un meurtre — Demande de la Couronne présentée à la police avant la sélection du jury pour que cette dernière procède à la vérification du casier judiciaire des candidats jurés et précise s'il s'agissait de « personnes peu recommandables » — Aucun des renseignements reçus par le ministère public n'a été communiqué à la défense — Une telle demande était-elle acceptable? — Ces renseignements auraient-ils dû être communiqués? — Existait-il une possibilité raisonnable qu'une telle conduite ait nui à l'équité du procès ou ait donné lieu à une apparence d'iniquité entraînant une erreur judiciaire?

R. c. YUMNU, 777.

10. Jurés — Sélection — Appellant déclaré coupable de fraude — Demande de la Couronne présentée à la police avant la sélection du jury pour que cette dernière procède à la vérification du casier judiciaire des candidats jurés et précise s'il s'agissait de « personnes peu recommandables » — Aucun des renseignements reçus par le ministère public n'a été communiqué à la défense — Une telle demande était-elle acceptable? — Ces renseignements auraient-ils dû être communiqués? — Existait-il une possibilité raisonnable qu'une telle conduite ait nui à l'équité du procès ou ait donné lieu à une apparence d'iniquité entraînant une erreur judiciaire?

R. c. EMMS, 810.

11. Jurés — Sélection — Appellant déclaré coupable de meurtre au premier degré d'un policier — Demande adressée par la Couronne à des policiers de l'endroit avant le procès et sollicitant leur opinion personnelle sur l'« aptitude » des candidats jurés en vue de l'utilisation de ses récusations péremptoires — Ni les tableaux des jurés annotés faisant état des opinions des policiers de l'endroit, ni le fait que des demandes de renseignements avaient été présentées n'ont été communiqués à la défense — Était-il acceptable de solliciter de telles opinions? — Les opinions obtenues auraient-elles dû être communiquées? — Existe-t-il une possibilité raisonnable qu'une telle conduite ait nui à l'équité du procès ou ait donné lieu à une apparence d'iniquité entraînant une erreur judiciaire? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a(iii).

R. c. DAVEY, 828.

## DROIT DE L'ÉDUCATION

Réglementation et administration des écoles — Programmes d'éducation — Obligations des autorités scolaires — En quoi consiste l'accès concret à l'éducation dans le cas des élèves ayant des troubles d'apprentissage? — School Act, S.B.C. 1989, ch. 61.

MOORE C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (ÉDUCATION), 360.

---

## DROIT DES COMMUNICATIONS

Radiodiffusion — Adoption par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (« CRTC ») d'une politique établissant un régime réglementaire de compensation pour la valeur des signaux basé sur les forces du marché — Politique habilitant les stations privées de télévision locale (« radiodiffuseurs ») à négocier une compensation directe pour la retransmission de leurs signaux par les entreprises de câblo-distribution et de communications par satellite (« entreprises de distribution de radiodiffusion » ou « EDR »), et leur conférant le droit d'interdire aux EDR de retransmettre ces signaux en cas d'échec des négociations — Le CRTC a-t-il compétence en vertu de la Loi sur la radiodiffusion pour mettre en œuvre le régime proposé? — Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2, 3, 5, 9, 10.

RENVOI RELATIF À LA POLITIQUE RÉGLEMENTAIRE DE RADIODIFFUSION CRTC 2010-167 ET L'ORDONNANCE DE RADIODIFFUSION CRTC 2010-168, 489.

---

## DROIT FISCAL

Impôt sur le revenu — Prix de transfert — Fabrication et distribution par un contribuable d'un médicament breveté et portant une marque de commerce en vertu d'un contrat de licence — Achat par le contribuable d'un ingrédient pharmaceutique actif en vertu d'un contrat de fourniture distinct conclu avec une société affiliée non-résidente — Établissement par le ministre du Revenu national d'une nouvelle cotisation visant le contribuable et ayant pour effet d'augmenter le revenu de celui-ci parce qu'il aurait versé à un fournisseur avec lequel il a un lien de dépendance une somme trop élevée pour acheter l'ingrédient d'un médicament — Défaut par le ministre de tenir compte de l'incidence du contrat de licence sur le caractère raisonnable du prix payé pour l'ingrédient aux termes du contrat de fourniture — Quelles sont les circonstances à prendre en compte dans la détermination du prix raisonnable de pleine concurrence avec lequel peut être comparé le prix de transfert qui n'a pas été établi dans des conditions de pleine concurrence? — Le contrat de licence est-il une circonstance dont il faut tenir compte? — La Cour d'appel fédérale a-t-elle eu tort de renvoyer l'affaire

## DROIT FISCAL — (Fin)

à la Cour de l'impôt pour nouvelle audience et réexamen? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 69(2).

CANADA C. GLAXOSMITHKLINE INC., 3.

---

## DROITS DE LA PERSONNE

Discrimination — Motifs de distinction illicite — Déficience mentale ou physique — Éducation — Fréquentation de l'école publique par un élève dyslexique — L'annulation par le district scolaire d'un programme d'éducation spécialisée a eu pour effet d'obliger l'élève à s'inscrire dans une école privée spécialisée — Le district scolaire a-t-il commis de la discrimination à l'endroit de l'élève en ne lui fournissant pas les mesures de remédiation nécessaires? — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 8.

MOORE C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (ÉDUCATION), 360.

---

## ÉLECTIONS

Requête en contestation d'une élection — Allégations d'« irrégularité[s] [ . . . ] ayant influé sur le résultat de l'élection » formulées par un candidat défait par 26 voix à une élection fédérale — L'élection dans la circonscription doit-elle être annulée? — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 524(1)b), 531(2).

OPITZ C. WRZESNEWSKYJ, 76.

---

## FAILLITE ET INSOLVABILITÉ

Réclamations prouvables — Réclamations éventuelles — Demande de protection contre l'insolvabilité par une société — Ordonnances environnementales émises par la province contre la société et demande, par la province, d'un jugement déclarant que les ordonnances ne constituent pas des « réclamations » aux termes de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »), et qu'elles ne sont pas assujetties à l'ordonnance relative à la procédure de réclamations — Les ordonnances environnementales constituent-elles des réclamations pécuniaires pouvant faire l'objet d'une transaction dans le cadre d'une restructuration sous le régime de la LACC? — La LACC est-elle ultra vires ou constitutionnellement inapplicable en permettant au tribunal de déterminer

**FAILLITE ET INSOLVABILITÉ — (Fin)**

si une ordonnance environnementale constitue une réclamation pécuniaire?

TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR C. ABITIBI-BOWATER INC., 443.

**LÉGISLATION**

1. Interprétation — Effet d'une nouvelle loi — Modifications apportées au Code criminel durant le procès de l'accusé limitent les éléments de preuve qui peuvent être produits en défense pour mettre en doute la fiabilité des résultats obtenus par l'utilisation d'un alcootest — Les modifications s'appliquent-elles rétroactivement au moment où les infractions reprochées auraient été commises? — Les modifications portent-elles atteinte à des droits procéduraux ou substantiels? — Le législateur a-t-il prévu la conservation d'éléments de preuve en vue des procès intentés avant l'entrée en vigueur des modifications? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)c, d.01 — Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, ch. 6.

R. C. DINELEY, 272.

2. Conflit de lois — Adoption par le CRTC d'une politique établissant un régime réglementaire de compensation pour la valeur des signaux basé sur les forces du marché — Politique habilitant les radiodiffuseurs à négocier une compensation directe pour la retransmission de leurs signaux par les EDR, et leur conférant le droit d'interdire aux EDR de retransmettre ces signaux en cas d'échec des négociations — Le régime proposé entre-t-il en conflit avec la Loi sur le droit d'auteur? — Cette loi limite-t-elle la discrétion du CRTC lorsqu'il exerce les pouvoirs de prise de règlements et d'attribution de licences que lui confère la Loi sur la radiodiffusion? — Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2, 3, 5, 9, 10 — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2, 21, 31, 89.

RENVOI RELATIF À LA POLITIQUE RÉGLEMENTAIRE DE RADIODIFFUSION CRTC 2010-167 ET L'ORDONNANCE DE RADIODIFFUSION CRTC 2010-168, 489.

**PENSIONS**

Régimes de pension — Surplus — Régimes de pension du secteur public administrés par le gouvernement — Amortissement par le gouvernement de surplus actuariels dans les comptes de pension de retraite — Lois sur les pensions modifiées par de nouvelles dispositions législatives entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2000 — Gouvernement ayant porté plus de

**PENSIONS — (Fin)**

28 milliards de dollars directement au débit des comptes de pension de retraite en application des nouvelles dispositions — Les comptes de pension de retraite contiennent-ils des éléments d'actif? — Le gouvernement a-t-il une obligation fiduciaire envers les membres des régimes? — Une fiducie par interprétation devrait-elle être imposée relativement aux soldes des comptes de pension de retraite au 31 mars 2000? — Les nouvelles dispositions législatives autorisaient-elles le gouvernement à porter les surplus actuariels au débit des comptes de pension de retraite? — Loi sur la pension de la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-36 — Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, L.R.C. 1985, ch. C-17 — Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, ch. R-11 — Loi sur l'Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public, L.C. 1999, ch. 34.

INSTITUT PROFESSIONNEL DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 660.

**PREUVE**

Nouvel élément de preuve — Pertinence et fiabilité — Requête en vue de présenter en appel une nouvelle preuve tirée du registre national des électeurs — Ce nouvel élément de preuve devrait-il être admis?

OPITZ C. WRZESNEWSKYJ, 76.

**PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

Brevets — Exigences de divulgation — Brevet délivré pour l'utilisation d'un composé dans le traitement de la dysfonction érectile — Demande de brevet renfermant des revendications en cascade dont les deux dernières visaient deux composés individuels — Omission de préciser l'ingrédient actif dans les revendications — La demande de brevet satisfaisait-elle aux exigences de divulgation prévues par la Loi sur les brevets? — Le brevet était-il fondé sur une prédiction valable? — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 27(3).

TEVA CANADA LTÉE C. PFIZER CANADA INC., 625.

**SÉCURITÉ NATIONALE**

Terrorisme — Détermination de la peine — Principe de totalité — Accusé déclaré coupable d'infractions de terrorisme et condamné par le juge du procès à 10 ans et demi

**SÉCURITÉ NATIONALE** — (Fin)

d'emprisonnement, sans possibilité de libération conditionnelle avant 5 ans — Substitution par la Cour d'appel d'une peine d'emprisonnement à perpétuité et de peines consécutives totalisant 24 ans d'emprisonnement, sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans — La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'annuler la peine infligée en première instance?

R. C. KHAWAJA, 555

---